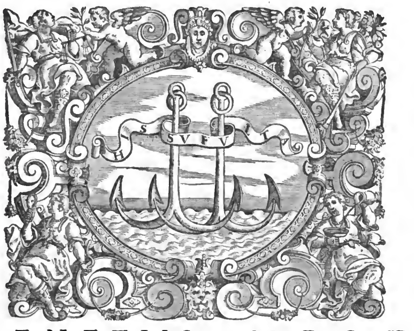
CONSILIORVM
ſiue Reſponſorum
CLARISSIMI VIRI
ALEXANDRI TRENTACINQVII
PATRICII AQVILANI
I. V. DOCTORIS.

VOLVMEN SECVNDVM.

IN QVO VARIÆ, ET MVLTIPLICES MATERIÆ, NIMIRVM, Criminales, Feudales, Emphyteuticæ, Iudiciales, Contractuum, Iuriſpatronatus, Minorum, Teſtamentariæ, Fideicommiſſariæ, Succeſſionum, Legitimæ, Legitimitatis, Dotium, necnon aliæ paſſim in foro occurrentes tanta eruditione diſcutiuntur, vt iuxta dictorum Conſiliorum Reſponſa, vt plurimum fuerit iudicatum, ita vt eas non amplius obſcuras, aut controuerſas, ut antea, ſed claras, & deciſas, vt eruditus quilibet conſpicere poterit.

INDICE RERVM AEQVE' AC SENTENTIARVM SERIE ALPHABETICA methodicè digeſto pro operis mole ſat copioſo adornatum.

Cum Priuilegijs, & Superiorum Permiſſione.



VENETIIS, MDCX.

Apud Euangeliſtam Deuchinum, & Io. Baptiſtam Pulcianum.

INDEX
RERVM ET VERBORVM MEMORABILIVM.
Quæ in hoc Secundo volumine continentur.

INDEX

Con-

I N D E X

G

H

I

L

Man-

INDEX

M

N

O

Oblte-

I N D E X

P

Præs.

I N D E X

Statute

T

Testes

I N D E X

F I N I S.

CONSILIORVM
SEV RESPONSORVM
I V R I S
D. Alexandri Trentacinquij Aquilani Patricij. I. C. Præclarisſimi.

PARS SECVNDA.

SVMMARIVM.

1 *Conuentio, pactum futuræ ſucceſſionis continens non valet. amplia nu 2.3.6.*

4 *Feuda antiqua, quæ dicantur.*

5 *In feudis nulla diſpoſitio, ſeu ordinatio valet, nec per viam vltimæ voluntatis, nec per actum inter viuos.*

7 *Actus, quando non poteſt valere, ut ſit, valere debet, vt poteſt, quando conſtat de præciſa voluntate diſponentis, amplia nu. 8.*

9 *Donatio omnium bonorum præſentium, & futurorũ, aliquo reſeruato, valet, & tenet.*

10 *Donatio non eget inſinuatione, quando eſt reciproca, vel viciſſitudinaria, vel quando eſt iurata. num. 11.*

12 *Pacta ſeruari debent.*

13 *Iuramentum, quando ſeruari poteſt ſine diſpendio, ſalutis æternæ, debet omninò ſeruari, & validat actum, etiam, quod de ſe abſque iuramento non valeret.*

Iuramentum de iure canonico dicitur eſſe contra bonos mores, quando eius obſeruantia nutrit peccatum.

15 *Conuentio, quoad excluſionem fœminarum valet, & tenet.*

16 *Conuentio inter fratres, vt altero decedente ſine liberis, bona ipſius ad alterum proueniant, tenet, & valet.*

17 *Clauſula, ex certa ſcientia Regis, validat conuentiones de inuicem ſuccedendo.*

18 *In feudis regulariter nulla cadit ordinatio defuncti. amplia numero 19. 20. 21. declara numero 22. 23. 24.*

25 *In feudis, quando aliquid innouatur de voluntate eius, qui ex veteri inueſtitura ius habet, reſpectu nouarum qualitatum dicitur nouum feudum.*

26 *A tenore inueſtituræ non eſt recedendum.*

Filij poſiti in conditione, quando cenſeantur poſiti in diſpoſitione, & numero 28. 29. 50.

30 *Alienans bona fideicommiſſo ſubiecta, ignoranter, ualide alienat.*

31 *Ignorantia, quando præſumatur, & numero 32. 33.*

34 *L. fin. §. fin. ff. de leg. 2. declaratur, & num. 35. 36. 37. 38. 39.*

40 *Feuda, quando dicantur ex pacto, & prouidentia, & nu. 41. 42. & 43.*

44 *Feuda in dubio præſumuntur eſſe ex pacto, & prouidentia.*

45 *Verba poſita in verbis executiuis, & quæ reſpiciunt executionem, non alterant, nec mutant naturam principalis diſpoſitionis.*

46 *Textus in capitulo primo. an agnatus, vel filius, an loquatur in feudis ex pacto, & prouidentia.*

48 *In ſubſtitutione facta ſub conditione voluntaria non eſt licita extenſio de vno caſu ad alium, declara nu. 53. 54.*

49 *Subſtitutio, in qua appoſita fuit dictio, tunc, uel eo caſu, ad caſum duntaxat expreſſum præciſe reſtringitur, & ad alium caſum non porrigitur. declara num. 55.*

51 *Ex verbis positis in proemio colligitur mens disponentis.*

52 *Ratio conseruationis bonorum perpetuò in familia inducit perpetuum fideicommissum.*

56 *Vasallus cum consensu domini non potest alienare feudum ex pacto, & prouidentia, in præiudicium filij, & agnatorum.*

57 *In feudi alienatio licet permittatur cum consensu domini, tamen resoluitur post mortem alienantis, & proximioribus agnatis feudum desertur.*

58 *Filius, seu agnatus proximior non tenetur emptori feudi ex pacto, & prouidentia precium restituere.*

59 *An viuente patre filius possit bona feudalia distracta & hypothecata reuocare, & præcise absque precii restitutione num. 60.*

61 *Intellectus ad c.1 §. Titius filio, si de feudo defun. contentio sit, & nu. 62. & 63.*

64 *Res alienari prohibita sub pœna, & pro pæne, si res illa hypothecatur, si res illa alienetur propter hypothecariam auocari potest ab emptore.*

65 *Is, qui prohibet, si aliquod iussi bi reseruat in re, quam prohibet alienari, tunc prohibitio impedit dominii translationem.*

66 *Assensus non tenet, quando non est narratum de tacita prohibitione, alienationis, ac de expressa.*

67 *Subreptio commissa dicitur, quando non est specificatum illud, quo expresso, Rex, quod concessit, vtique non concessisset.*

68 *Subreptio fit, quando non fit mentio de iure tertii,*

69 *Feuda ex pacto, & prouidentia, an filius reuocare possit de manibus patris, qui dissipat bona.*

70 *L. imperator. ff. ad Trebell. habet locum siue pater sit in dolo ex proposito, siue re ipsa.*

71 *L. imperator ff. ad Trebell. habet locum in alienatione bonorum mobilium, & immobilium. num. 72. & si teneret, non haberet locum nisi in mobilibus. declara, vt in nu. 73.*

74 *Feuda subiecta fideicommisso, & expresse alienari prohibita, etiam cum assensu Regis alienari non possunt.*

75 *Feuda antiqua, & ex pacto, & prouidentia, non possunt per vasallum alienari in præiudicium agnatorum.*

76 *Bona subiecta fideicommisso, alienata, statim vendicari possunt, non ex peccata morte grauati, quando ultra tacitam prohibitionem legis, adest etiam expressa.*

77 *Consuetudo non extenditur de vna persona ad aliam.*

78 *Consuetudo restringitur per actus, ex quibus inducitur.*

79 *Verba clara cuiuscunque dispositionis non recipiunt interpretationem a consuetudine.*

80 *Inuestitura prima, & secunda, quando concurrunt, tunc prima, est attendenda.*

81 *Inuestitura, quando adest, & consuetudo contraria, attendenda est inuestitura.*

82 *Consuetudo circa ea, quæ sunt Principi reseruata, non ualet.*

83 *Qui non potest statuere, non potest consuetudinem inducere.*

84 *Præscriptio non currit non valenti agere.*

85 *Clausula non obstante quacunque consuetudine in contrarium faciente, habet vim clausulæ derogatoriæ etiam ad consuetudines futuras.*

86 *Prohibitio facta per Iudicem de non alienando, impedit dominii translationem. amplia nu. 87.*

88 *Alienationes factæ lite pendente non ualent, neque pignora. nu. 89. declara nu. 90.*

91 *Feudum litigiosum alienans, etiam cum assensu Regio incidit in uitium litigiosi.*

92 *Omnia attentata post inhibitionem sunt reuocanda.*

93 *Inhibitio superioris habet clausulam decreti irritantis. amplia nu. 94.*

95 *Prodigus facta interdictione, non potest obligare se, non contrahere, nec alienare. amplia nu. 96.*

97 *Omnia beneficia concessa pupillis, & minoribus, conceduntur prodigis.*

Consilium Primum.

DIVINO implorato præsidio. Consultatio ista grauis est, tum ob rei magnitudinem, tum ob difficultates, quæ ex ea oriuntur, & adeò, ut non tenuis doctrinæ hominis, sed uiri diligentissimi operam, & studium expostulet. tamen, ut superiorum mandatis parcam, nec eos de opinione iam de me concepta fallam, qui de re tam ardua sentio, dicam.

Et ad hoc, vt consultatio ista clara, & dilucida omnibus appareat, duo tempora considero.

Primum est, de distractionibus, alienationibus, & hypothecis, per Excellentissimum Nicolaum Bernardinum ad præsens Bisiniani principem factis vsq; ad diem 21. Mensis Octobris anni 1574.

Secundum est, de distractionib. alienationibus, & hypothecis per dictum Excellentissimum Principem factis post diem 21. Mensis Octobris anni 1574.

In primo tempore pro resolutione facti. imprimis duo dubia resoluenda ueniunt.

Primum est, an conuentio, seu confraternitas facta per Illustrissimos Dominos de Prosapia San Seuerina valeat.

Secundum est, an de bonis feudalidus testamentum factum per Excellentissimum Dominum Bernardinum Bisiani Principem, teneat.

1 In dubio primo, prima facie quilibet diceret non ualere ex infrascriptis.

Primo, dicta conuentio, seu confraternitas pactum futuræ successionis continet, & ideo non ualet, cum contra bonos mores esse dicatur. lex eo. C. de inutilib. stipulatio. l. hæreditas. C. de pact. conuent. vbi habetur, quod hæredi-

hæreditas potest dari in testamento, per pactum, seu contractum non potest, & in l.licet. C.de pact. vbi probatur, quod non potest dari successio, seu hæreditas per pactum, uel donationem causa mortis, sicut, nec per codicillos nisi inter milites, & ita ibi colligitur per Bartolum, & alios post eum ex illo text.

Huiusque conclusionis ratio est secúdum Bart. ex illis stipulatio hoc modo concepta. ff. de uerbor. obligat. & Richar. Bartol. Salycet. & alios. in l. pactum. quod dotali. C. de pact. & Paulus de Castro in l. pactum. C. de collat. quia ipsa conuentio inducit uotum captandæ mortis l. vltima, ibi, plene tristissimi euentus, & ibi glos. C. de pact. & in l. de fideicommisso. C. de transact. & etiam, quia est contra bonos mores dicta l. ex eo, & dicta l. stipulatio hoc modo concepta, ut puta, quæ liberam testandi facultatem auferat, quę nec restringi quidē potest, per text. in l. cum duobus. §. idem respondit. ff. pro socio. Et ideo Salyc. in d. l. pactum, quod dotali dicit, quod tale pactum est contra ius diuinum, naturale gentium, & ciuile.

3 Et cum tale pactum, seu conuentio, uel confraternitas inducat uotum captandæ mortis, sit contra bonos mores, & nutriat peccatum, iuramento non firmatur: ita uoluit glos. in l. si quando. §. si illud. in uerbo grauari. C. de inoff. testam. & in l. pactum, & ibi Bald. in 5. opposit. Fulgos. Romanus, & Paul. de Castr. C. de collat.

Et eandem opinionem tenuerit Cyn. Bar. Angel. Salycet. Paulus de Castro, Alexand. qui dicit hoc communiter teneri, & Ias. in dicta l. pactum, quod dotali. C. de pact. Bart. Angel. Paulus de Castro, & alii in l. ultima. C. de pact. Bart. in l. si quis pro eo, in princip. ff. de fideiuss. in primo membro principali. Idem Bart. in l. 3. ff de testam. & in d. l. stipulatio hoc modo concepta, & ibi quoque Alex. columna tertia, idem Bart. in consilio octauo, factum tale proponitur. quidam nomine Thebaldus. columna tertia, uersiculo. Sed dubium facit. & in cons. 114 promitt. tibi, & tu mihi. Bald. in consilio 441. uisis statutis, uolumine quinto. Anton. de Butr. in capit. cum contingat, columna tertia, & ibi etiam Imol. in primo casu secundi membri principalis extr. de iureiuran. Domin. de Sanct. Gemin. in capit. quamuis. de pact. libro sexto. Aluarott. in capit. moribus, columna secunda, uersiculo quæro ab extra in tit. si de feud. fuerit controu. inter domin. & agnatos. Paulus de Castro, in consilio 448. uolumine primo, & in consilio 419. uolumine secundo, Alexand. consilio vigesimooctauo, volumine tertio, Ias. consilio octuagesimoseptimo, uolum. 1. Dec. cons. 63. cons. 184. 203. 236. 494. & 608.

3 Quę conclusio uera etiam est in pactis, seu confraternitatibus uicissitudinariis respicientibus futuram successionem, ut scilicet ex duobus, is qui supervixerit alterius rebus potiatur, ut probatur in dicta l. licet. C. de pact. & sic concludunt Bart. in dicto consilio 212. Alexand. in dicto consilio vigesimooctauo, uolumine tertio, Petr. Ferrar. in form. libell. in causa societatis, columna tertia, vers. quid autem si in hac generali. Guid. Pap. consilio 115. 218. & 234. Ias. in dicto consilio octuagesimoseptimo, & in consilio 146. uolumine quatto, Dec. in dicta l. pactum columna secunda, uers. ex his infertur. C. de collat. & in consilio sexagesimotertio, 203. 488. & in cousilio 516. Bertran. in consilio vigesimonono, uolumine primo, & in consilio trigesimotertio, volumine secundo, Curt. iunior in dicta l. licet, columna septima, uers. septima dubitatio, & in consilio octuagesimoprimo, & decimoquinto.

4 Secundo. Feuda ista, super quibus facta est conuentio sunt paterna, & antiqua. Feuda enim acquisita ex aliquo ex antecessoribus paterna, & antiqua dicuntur, capitulo primo, uers. paternum, & ibi Doctores de natura succes. feud. capitulo primo, de grad. success. in feud. Alexand. consilio trigesimo, volumine primo, Socin. consilio 165. uolumine secundo, Paris. consilio secundo, numero primo, in prima parte. Curt. iun. de feud. in prima parte princ. in octaua quæstione, columna secunda, uers. sub hac prima, & Iulius Clarus in libro quarto, senten. §. feudum. in quæstione octaua.

Ideo Bal. in capitulo primo, per illum text. si de feudo fuerit controuers. inter domum & agnat. Alexand. consilio decimoquinto, uolumine quinto, & Dec. cons. 269. numero 5. & in cons. 395. dicunt, quod si feudum fuit longo tempore possessum præsumitur antiquum.

Cum igitur feuda ista sint paterna, & antiqua, super eis per istos Excellentissimos de Prosapia San Seuerina non potuit conuentio, pactum, seu confraternitas fieri.

5 Ratio est, quia in feudis nulla dispositio, seu ordinatio ualet, nec per uiam vltimæ uoluntatis, nec per actum inter uiuos, ut est text. clarus in capitulo primo, in princip. ibi nulla ordinatione defuncti manente, uel ualente, in titul. de success. feud. & ibi scribentes. ad idem text. est in capitulo primo, §. donare in titulo qualiter olim feud. patern. alien. tradit vltra alios Paris. in dicto consilio secundo, sub numero septimo, in prima parte, & maxime, quando ordinatio inter uiuos continet pactum futuræ successionis: nam tunc ea ordinatio in feudis nullo pacto tenet Andr. de Isern. in capitulo secundo, numero secundo, in tit. de feudo dato inuicem legis commissoriæ.

Tertio, quia huiusmodi conuentiones, nec statuto, nec consuetudine confirmari possunt. Tiraq. in tract. primig. quæstione septima, numero tertio, ubi retulit Baldum Alexand. Ias. Dec. Iacobum a Sancto Georg. Natt. & Bertrandum: ita firmasse, quanto fortius igitur idem dicendum est in casu nostro.

Prædictis rationibus non obstantibus in contrarium se habet ueritas scilicet, quod su pradicta conuentio, seu confraternitas inter ipsos Excellentissimos Dominos de Prosapia San Seuerina, ualeat, & teneat, quod probatur, his rationibus.

7 Primo, quia, quando constat de præcisa di sponentis uoluntate, quod aliquid fiat, & ualeat; tunc, si illud, quod fit, non potest ualere, ut fit, ualere debet, ut potest. ita probat text. in l. codicillis. §. fi. & l. cum pater. §. filius matrem. de leg. 2. tradunt plenè Doct. in l. cum filio. de leg. 1.

8 Et eo maxime hæc conclusio procedit, quando inter contrahentes iuratur cum iuramentùm habeat potentiam, & uim præcisæ uoluntatis, & operetur, ut actus ualeat omni meliori modo, quo potest, ut per illum text. not. Bart. §. filius matrem, tradunt Canon. in cap. cùm contingat. de iureiur. & in c. ex rescipto, eodem titulo, & habetur per Bartol. & alios in l. prima. §. si quis ita. de uerbor. obligat.

Sed in casu nostro constat de præcisa, & enixa uoluntate istorum Excellentissimorum Dominorum paciscentium, ut apertissimè claret ex lectura dictæ conuentionis, & iureiurando eam approbauerunt, igitur posito, & non concesso, quod non ualeat, per uiam pacti de succedendo, debet ualere, & dici facta eo modo, & per uiam simplicis donationis, & quod si ualet per uiam simplicis donationis propterea ipsa conuentio uti ualida sit obseruanda, probatur hac consideratione.

Conuentio, seu confraternitas fuit facta in bonis feudalibus, & sic dicti Illustrissimi Domini testari possunt de bonis Burgensaticis.

Vnde succedit Bartol. doctrina communiter approbata in dicta l. stipulatio hoc modo; concepta, quatenus concludit, quod

9 licet alias simplex donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum, nihilo reseruato, non ualeat, tamen, si quid donans sibi reseruauit, puta usumfructum, uel, quid aliud, talis donatio ualebit, & hoc, quia ratio, quæ primo casu donationem annullabat, uidelicet, ne auferatur libera testamenti factio, contra bonos mores, cessat, quando aliquid reseruatur, quia tunc de illo libere restabitur.

Cum ergo in casu nostro ipsi Domini possint de bonis Burgensaticis testari, sequitur, quod eorum conuentio in uim simplicis donationis irreuocabilis inter uiuos in omnibus bonis feudalibus præsentibus, & futuris ualere debeat, quisquis enim eorum de facili inueniet hæredem, & sic non esset ablata testamenti factio iuxta dicta Bartol. in d. l. stipulatio hoc modo concepta. vers. aut permittit bona, & declarat Corne. consilio 252. in secunda, & tertia columna, volumine tertio.

Nec opponatur de insinuatione, quia ea non obstat ex duobus.

10 Primo, quia donatio est reciproca, uel uicissitudinaria, & ideò non eget insinuatione. glos. est ordinaria communiter approbata in l. licet. C. de pact. & in l. Actilius regulus. ff. de donat. Alexand. in consilio octuagesimo tertio, uolumine secundo, consilio vigesimooctauo, uolumine tertio, & consilio 167. uolumine septimo. Ias. in l. ex hoc iure, columna decima. ff. de iust. & iur. & in l. si pater puellæ. C. de inoffi. test. Roman. consilio vigesimosexto, in secundo dubio, & Curt. iun. consilio octuagesimoprimo, sub numero 5. vbi dicit hanc esse communem opinionem Doct.

11 Secundo, quia in dicta donatione, seu conuentione, fuit præstitum iuramentum, quod tollit defectum insinuationis. Aret. Alexand. & Claud. in l. nemo potest. ff. de leg. 1. Rom. consilio vigesimosexto. Abb. cons. 96. in fin. uolumine secundo. Corn. cons. 221. uolumine primo. Dec. cons. 442. & cons. 239. Ias. consilio sexto, volumine tertio, Ioa. Anton. Alexandrin. consilio quinquagesimonono, numero quinto, Aymon Crauet. cons. 118. Gratus, qui dicit magis communem in uol. 1. responsorum, in responso 70. Soc. iun. in consil. sexagesimoseptimo, & in cons. 118. volumine secundo. Ruin. cons. 107. volumine primo. Tiraq. in l. si unquam, nu. 143. in præfat. C. de reuo. donat. & secundum hanc opinionem iudicauit Rota Romana, teste Vetal. in decis. 286.

12 Secundo probatur. In dicta conuentione agitur de pacto hominum unde succedit uulgata regula, quod pacta seruari debent. l. 1. in princ. ff. de pact. l. 1. in princ. de const. pecun. c. 1. & c. qualiter de pact. unde dicit, Prætor, pacta conuenta seruabo. l. iurisgentium. §. prætor ait. ff. de pact.

Nec hæc conuentio est contra bonos mores, nam imprimis non aufert libere testandi facultatem, cum dicti Excellentissimi Domini in bonis Burgensaticis testari possint, ut supra dixi. Secundo non inducit uotum captandæ mortis, cum adsit consensus eorum, de quorum bonis agitur, quo casu illa sinistra opinio tollitur lege finali, & ibi plene per Doctores. C. de pac. & maxime in his principibus, in quib. nihil sinistri excogitandum est, cum in eis

clariori

clariori lumine rectitudo perfulgeat. epistola inter claras. C. de summ. trinit. & fid. cathol. & ita argumentatur Lasius consilio primo, numero vigesimo, volumine secundo.

Item, quia dicta conuentio fuit, & est vicissitudinaria, quo casu etiam non consideratur ista suspitio sinistra desiderandi mortem alterius, ut inquit Iason in dicta l. stipulatio hoc modo concepta in nona columna, cùm igitur talis conuentio non sit contra bonos mores, uidelicet contra legem, utique per regulam supradictam seruanda est.

Hæc ratio corroboratur ex iuramento præstito non in forma communi, sed particulari, habita ipsius consideratione, ut ex serie instrumenti apparet, & regula est, quod,

13 quando iuramentum sine dispendio salutis æternæ seruari potest, debet, omnino, seruari, & validat actum, etiam, quod de se absque iuramento non ualeret, vt in capit. quamuis de pact. libro sexto, & in capit. cum contingat de iureiur.

Sed obseruantia huiusmodi iuramenti non uergit ad dispendium salutis æternæ, immo potius ècontra, quia eius inobseruantia illud facere uidetur, cum frangatur fides etiam iurata, igitur concludendum est, quod saltim virtute iuramenti præfata conuentio seruanda est.

Nec dicatur huiusmodi iuramentum esse contra bonos mores, & quod ideo non obliget capitulo non est obligatorium de reg. iur. in 6.

14 Quia respondeo dico non esse contra bonos mores, ut supra dixi, ultra, quod de iure canonico iuramentum dicitur esse contra bonos mores, quando eius obseruantia nutrit peccatum, & sic, & ius obseruantia uergit in dispendium salutis æternæ: ita notabiliter concludunt Bald. & Paul. de Castr. in l. pacta, quæ contra. C. de pact. Bal. & Cyn. in l. si quis inquilinos. §. final. ff. de leg. 1. Corn. cons. 250. uolumine tertio, & Marian. Soc. iun. in cons. 143. numero trigesimosexto, & trigesimoseptimo, uolumine primo, vbi in casu simili per hanc secundam rationem iuramēto corrobatam tenet huiusmodi conuentionem ualere, cum huiusmodi obseruatio iuramenti præstiti in conuentione non nutriat peccatum, & latè idem tenet alios allegādo Iacob. Menoch. in cons. 1. num. 167. cum seqq. vbi dicit hanc opinionem esse ueriorem, & magis communem.

Tertio probatur, quia in hac conuentione, seu confraternitate non disponitur de omnibus in uniuersum bonis, sed tantum de bonis feudalibus, & sic non impeditur libera testandi facultas, nec ob vicissitudinem ex ea introducitur suspitio uoti captandæ mortis, & facta dicitur ob honestam causam, & conseruandi gratia, ac perpetuandi familiam, eiusque honorem, & dignitatem, & sic dicta conuentio firmata fuit pro futura agnatione conseruanda, ex qua ratione duæ in iure uerissimæ conclusiones eliciuntur.

15 Prima est, quod dicta conuentio, quoad exclusionem fœminarum ualet, & tenet, & sic, quod existentibus masculis nullo tempore succedant in Terris, Castris, & locis. Bart. cons. 72. Ias. cons. 211. columna quinta, uers. accedat etiam ad prædictorem, uolumine secundo, & in cons. 233. uolumine secundo, & in cons. 173. uolumine quarto. Ioa. Crot. in l. omnes populi. columna quarta, uers. facit dictam Bart. ff. de iust. & iur. Paris. cons. 71. numero decimooctauo. & seq. uolumine quatto, & cons. 26. numero octuagesimoquarto, uolumine secundo. Curt. in tract. feud. in 3. parte, in 6. columna in 8. fallent. uers. hanc q. Loffred. in consilio decimoquarto, colum. 6. uers. fortius præsens quæstio. & Ias. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, ubi firmat se consuluisse pluries, valere conuentiones factas inter fratres, in quibus continetur fœminas non succedere in bonis immobilib. tàm allodialibus, quam feudalibus, ita, quod masculi succedant in illis, prout ultra supradicta consilia, consuluit in cons. 8. inter consilia Bruni, & cons. 9.

16 Secunda est, quod ualet conuentio inter fratres, ut altero decedente sine liberis bona ipsius ad alterum proueniant: ita tenet Oldra in cons. 139. Ioan. Andr. in add. Specul. in tit. de instrument. ædit. §. porrò columna vltima, uer. fuit etiam alia quæstio. Alber. columna prima, vers. sed quæro pulchram. & col. 3. item quæro duo fratres. Salyc. columna penultima, uers. iuxta hanc quero, & Ias. in l. fin. C. de pact. Alber. & Ang. in l. hæreditarium. ff. de bonis auct. iud. poss. & ipse Ang. in l. sancimus post princ. C. de donat. sed Latius, & Clarus cons. 179. columna prima, & secunda. Imol. & Roman. in l. actilius. ff. de donat. Alexand. Ias. Iacob. a Sancto Georg. & Dec. in l. licet. C. de pac. Alexand. consilio octuagesimotertio, uolumine secundo. Guid. Pap. consilio trigesimoprimo, & consilio 214. Ias. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, columna nona, uers. Secundò hoc prouenit, & in cons. 211. uolumine secundo, consilio quinto, uolumine tertio, cōsilio decimoseptimo, in cons. 60. uolumine tertio, & cons. 173. volumine quarto, Ruin. in cons. 126. uolumine primo, Dec. cons. 516. Bertrand. consilio 121. uolumine primo. Curt. iun. consilio octuagesimoprimo. Maffuer. in tit. de societ. §. item, quando in contractu. Tiraq. in tract. de iure primig. quæst. 6. numero quinto, Gozzadin. in consilio octuagesimoseptimo, numero decimoseptimo. Cagnol. in l. fin. nu. 213. C. de pact. Paul. de Cast. cons. 324. num. 2. uolumine primo, in cons. 83. col. 2. uers. & in proposito nostro. uolumine secundo, & cōs. 20. uol. 3. Ioannes Cœph. alios allegans. consilio

301.nu.112.& 113.volum.3.Iacob.Menoch. in conf.1.a num.139. vſque ad num. 169. & late Ant. Gabriel. in ſuis communibus concluſionibus lib.3. in tit.de pact. concluſ.1. & in ſumma hæc eſt communis, & recepta ſcribentium ſententia, a que nullo pacto eſt recedendum.

Quartò, & vltimo aliis omiſſis probatur. Nam prima conuentio, ſeu confraternitas inter ipſos Excellentiſſimos Dominos de Proſapia San Seuerina facta de de anno 1331. die 2.men. Aprilis fuit confirmata p. Regem Robertum,& deinde anno 1365. die 23. Februarij Regina Ioanna de ſua certa ſcientia, & abſoluta,& dominica,& legibus non ſubmiſſa poteſtate,de gratia ſpeciali, authentico priuilegio, & aſſiſtente conſilio, præfatam conuentionem,ordinationem, prouidentiã, atque pactum confirmauit, addendo de nouo, quod tàm prædicti ſupranominati in conuentione, quam cæteri alij de dicta Proſapia,domo,ac cognomine de San Seuerina, tunc nati, & in antea naſcituri poſſent hac prerogatiua ſpeciali gaudere,& poſtmodum die 20. Menſis Octobris,anni 1418.confirmata fuit per Reginam Ioannam II. de certa eius ſcientia,& abſoluta poteſtate. Secunda conuentio, per quam ſupradicta renouata fuit die 4.Iulij,anni 1473.confirmata fuit die vltimo Menſis Iulij,anni 1473.per Sereniſſimum Regem Ferdinandum primum, & deinde in anno 1495. & in anno 1496. eandem conuentionem confirmauit Sereniſſimus Rex Federicus, quam ſimiliter in anno 1506.Sereniſſimus Rex Ferdinandus Secundus approbauit,& poſtremò ipſę conuentiones in anno 1520. confirmatæ fuerunt per Cæſaream, & Catholicam Maieſtatem Imperatoris Caroli Quinti.

Ex prædictis confirmationibus ipſe conuentiones,quatenus nullæ eſſent, validæ redduntur, cum factæ ipſe confirmationes non fuerint in forma communi, ſed cum clauſu-17 la ex certa ſcientia, quæ validas reddiderunt ipſas confraternitates l. adoptio non iure facta.ff.de adopt. Dec. in c.1. in 3. not.de confirm.vtil. vel. inut. vbi dicit,quod confirmatio facta ex certa ſcientia multum operatur, quia confirmat, quod nullum eſt c. 1. c. veniens,vbi gloſ.in uer. confirmatum de tranſ. Nam,quod factum eſt ex certa ſcientia Principis,in dubium reuocari non poteſt. Bart. in l.conficiuntur.§. codicilli. ff. de iure codicill. & maximè,quando confirmat de plenitudine poteſtatis, nam tunc nihil opponi poteſt, quod annullet gratiam.Bal.in proem.decret. colum.4. quod enim Summus Princeps cõfirmat,nemo infirmat.Bal.in l.preſcriptione. C.ſi contra ius vel.vtil.public.

Vnde ſi Imperator aliquid confirmat ex certa ſcientia,illud ſeruari omninò debet, & nemo poteſt ei dicere,cur ita facis,aut cur ita vis, cùm ſemper præſumatur iuſtè facere. Bal.in prælud.feud.colum.9.uerſ.aliqua, ſed pauca,& Socin.iun.conſ.77.num.19. volum. 1. Vnde per prædicta,& ſimilia in caſu ſimilis conuentionis, & confraternitatis ita concludunt Dec. conſ. 516.& 655. & in vtroque concilio Moderni Pariſienſes, vbi dicũt rem eſſe claram, & nullam pati difficultatem Ruin.conſ.99.vol.1. & Ioa.Cœph. conſ.301. nu.114.uol.3.

Confirmatur,& corroboratur præfata ratio. Quia dictæ conuentiones confirmatæ fuerunt per ſententiam latam die 22.Decembris, anni 1449. per Sereniſſimum Regem Alfonſum in lite orta inter Dominam Dianam Comitiſſam Adernonis filiam quondam Comitis Thomaſij de San Seuerino agente ad quaſdam Baronias,& Terras feudales,quæ fuerunt Comitis Loyſij de San Seuerino,& dicti Comitis Thomaſij ex vna,& inter Comitem Robertum Barnabam, & Galeatum de San Seuerino poſſeſſores ex altera. Quæ ſententia omninò ſeruanda eſt; cum tàm conuentio,quàm ſententia tendãt ad conſeruandam legitimam ſucceſſionem ab inteſtato,arg.§.fin.inſtit. de leg. agn. ſucceſſ. & eorum, quæ dicit Bart. in l.fin. C.de pact. & ſic in ſimili, in ſententia arbitratoris concludunt Ang.in conſ.5.incip.Viſis inſtrumentis,prima columna,uer.nec etiam dicat, Alex. in conſ. 59. incip. viſo themate, prima columna,uolum.5. Iaſ. in d. l. ſtipulatio hoc modo concepta colum. 7. uerſiculo primò deciditur. & Soc.iun. conſ.143.nu.24. & ſub nu.31.in uerſ.quinto,uol.1.

Ex prædictis apertiſsimè conſtat has conuentiones, ſeu confraternitates, factas inter dictos Excellentiſsimos Dominos de Proſapia de San Seuerino ualere,& maximè cùm a retro præteritis regibus cõfirmatæ fuerint. Stante igitur hac uerisſima concluſione.Nõ obſtant in contrarium adducta.

Primò non obſtat prima ratio, quia ſi non ualet in uim pacti futuræ ſucceſsionis, ualet in uim donationis inter uiuos. nec eſt contra bonos mores,quia non aufert teſtandi facultatem; nec ob uiciſsitudinem inducit uotum captandę mortis; & ideo peccatum non nutrit, & quod dicitur de conuentionibus reciprocis, non habet locum, quando ſuper aliquo remanet facultas teſtandi, ut ſupra in tertio fundamento,concluſum fuit.

Non obſtat ſecunda ratio, quia ob confirmationem tantorum Regum, & tantarum Reginarum,dictæ conuentiones, confraternitates,& ordinationes factæ inter uiuos validæ redduntur,ut ſupra in 4. fundamento dictum fuit.

Non obſtat tertia, & ultima ratio, quia immo crebrior,& uerior eſt illorum ſententia, qui affirmarunt huiuſmodi pacta, uel ſtatuto, uel conſuetudine ſtabiliri poſſe. ut apud Tiraquel.in tract. de iure primig. quæſtione ſeptima.

In

In secundo dubio, prima facie uidetur dicendum testamentum non ualere, & ratio est.

18 Quia in feudis regulariter nulla cadit ordinatio defuncti c. 1. de success. feudo cap. 1. §. donare, qualiter olim feud. alien. pot. & per hæc iura, & per alias rationes ita tenet Bald. in cons. 170. volum. vet. in cons. 275. eod. uolum. & cons. 400. in fine volum. 5. Socin. iun. in cons. 82. post num. 40. volum. 1. ubi hanc esse dicit communem conclusionem. Curt. iun. in tract. de feud. in quatt. parte principali, in prima reg. in penult. quæst. Iul. Ciar. in lib. 4. recept. sent. in §. feudum. quæst. 40. & Roland. a Valle in cons. 79. volum. 2. & ultra alias rationes per Doctores cōsideratas facit hæc.

Quia feudum potius prouidentia principali primi parentis per mortem, & annihilationem immediati uasalli pertinet ad agnatum superstitem, quam ex iudicio, siue successione ipsius uasalli defuncti ut in cap. 1. An agnat. uel filius, magis a maioribus intelligitur hoc habere, quam ab ipso ultimo defuncto Alex. in cons. 19. num. 11. vol. 6.

19 Et adeo uera est hæc conclusio, quod etiā uasallus de eo non potest testari pro anima, vt in d. §. donare ibi, uel pro anima iudicare, per quem text. ita tenent ibi communiter Docto. ita tenuit etiam Alex. in d. consil. 19. num. 1. vbi subdit quod nec extimatio debetur, si feudum legetur quia quando uasallus

20 legat ius, quod habet in re, si ius est morte periturum legatum est inutile, per l. si uxori. C. quando dies leg. ced. sequuntur Bald. in cons. 29. colum. pen. uers. sed de feudalibus. volum. 2. Paris. cons. 7. nu. 13. volum. 1. Gozzad. cons. 8. num. 2. Ruin cons. 45. num. 9. uolum. 1. & Io. Vincent. de Anna in alleg. 126. ubi refert per regiam Cameram summariæ ita fuisse decisum, & Iul. Clar. in d. §. feudum, quæst. 40. vers. ex hac conclusione.

21 Vnde dicebat Isernia in c. 1. An agn. uel fil. quod vasallus non potest relinquere unam candelam pro anima sua de feudo antiquo ex pacto, & prouidentia sequitur Afflict. in c. imperialem in princ. nu. 71. de prohib. feud. alien. per fideic.

Hac ratione non obstante affirmatiue concludendum est ipsum testamentum seruandum esse ex infrascriptis.

22 Primo licet in feudalibus non ualeat. Dispositio Testatoris, tamen hæc conclusio locum non habet, quando ea confirmata fuit a Domino directo feudi. Bald. in c. 1. §. donare. vers. quid si dominus qual. feud. pot. olim. alien. & Bald. ibi sequuntur Præpostt. colum. fin. uers. pona. & Aluarott. Curt. iun. in tract. feud. in 4. part. vers. secundo cadit necessaria dubitatio, & in cons. 1. numer. 5. ubi ait, quod talis consensus ualebit, etiam si adhibitus fuerit per uiam ratificationis, & ratio est.

Quia quando in aliquo casu requiritur cōsensus alicuius solum propter præiudicium suum, seu interesse, sufficit si interueniat ex post facto, etiam si actus præcedens sit nullus ipso iure, dummodo eius approbatio pēdeat a potestate consentientis, & idem Curt. in suo tract. feud. in 4. part. uers. penultimo quero colum. 4. uers. stat ergo firmata, ait, quod licet sit uera regula, quod uasallus de feudo testari non possit, tamen illa limitatur locum non habere, quando dominus si uiuente uasallo, uel eo mortuo ratificaret testamētum, & de nullius alterius præiudicio tractaretur, quàm de suo, quia talis ratificatio trahitur retro, & æquiparatur mandato iuxta reg. l. fi. C. ad maced. sic etiam ultra alios dicunt Ias. in cons. 136. colum. 6. in princ. uers. non obstat dum dicebatur. uolum. 4. Afflict. in c. imperialem in 24. q. num. 12. in fin. de prohib. feud. alieni per feder. ubi ait hanc esse ueram conclusionem, & Roland. a Valle cons. 71. uol. 2. num. 15.

Sed in casu nostro hoc testamentum, & omnia alia testamenta continentia id quod conuentio, & confraternitas continet, confirmata fuerunt per Cæsaream, & catholicam Maiestatem Imperatoris Caroli quinti die. 5. Martij. 1520. Vnde hoc testamentum Excellentissimi Principis Bernardini uti confirmatum omnino seruari debet.

23 Et licet confirmatio secuta fuerit post mortem dicti Excellentissimi Principis Bernardini, tamen ualet, & tenet, ex quo interuenit cōsensus agnatorum, vt late concludit Ioan. Vincen. de Anna in alleg. 69. numer. 57. cum seqq. & ex quo non est in præiudicium agnatorum, sed tantum Domini. Idem Ioann. Vincent. de Anna in repet. const. diuæ memoriæ, sub num. 131.

24 Secundo prædicta conclusio d. c. 1. de success. feud. non militat quando feudatarius in testamento disponit, prout ius vult, nam tūc ualet testamentum sine assensu regio. Oldrad. cons. 270. Alex. in l. fin. C. de ædict. diu. Adri. toll. & in cons. 55. volum. 4. & in cons. 2. in 4. colum. uolum. 5. Io. Andr. in ad d. spec. in tit. de testam. §. pen. in fine, & Matthæus de Affl. in decis. 119. vbi dicit sic fuisse iudicatum per sacrum Consilium. Sed in casu nostro Excellentissimus Dominus Bernardinus disposuit secundum ius, nam quod masculi succedant exclusis fęminis in feudis, & quod hæ dotari debeant de paragio est de iure huius regni, vt habetur in const. in aliquibus igitur testamentum sine regio assensu conditum valet, tenet, & seruari debet.

Et si dicatur, quod quatenus disponit, quod feminæ excludantur ab agnatis collateralibus, non existentibus filiis masculis est contra ius constitutionis, in aliquibus, & ideo per testatorem fieri nō potuit sine regio assensu.

Respondetur quod uirtute conuentionis, & confraternitatum fœminæ sunt exclusæ a masculis etiam collateralibus, quæ uti confirmatæ a serenissimis Regibus, & Reginis, ualent

valent etiam ad exclusionem fœminarum pro qua conclusione facit confirmatio Reginæ Ioannæ facta de anno 1365. in qua ad preces Illustrissimorum de prosapia, & domo San Seuerina non solum confirmat assertam conuentionem, sed de nouo addidit, concessit, & uoluit, quod tam prænominati, quàm cæteri alij nati, & nascituri de dicta prosapia possint, & ualeant hac speciali prærogatiua gaudere.

In hac confirmatione prædicta Regina Ioanna de nouo concessit dictam prærogatiuam, merito, & ad effectum succedendi inter ipsos, & ad effectum excludendi fęminas valet, quia quando in feudis aliquid innouatur de voluntate eius qui ex ueteri inuestitura ius habet, tunc respectu nouarum qualitatum dicitur nouum feudum. Bald. cons. 215. num. 4. volum. 2. Afflict. decis. 112. numer. 5. post Aret. & Oldrad. quos allegat. & a tenore huius inuestituræ, non est recedendum, quia derogat omni iure naturæque feudorum late Octaui. Cacher. in decis. 23. num. 20. & pactum trahit feudum extra naturales terminos feudi ad terminos pacti. Brunus in cons. 41. Soc. cons. 67. num. 7. & 16. & cons. 103. nu. 9. Dec. cons. 14. num. 3. & cons. 680. colum. 1. Curt. sen. cons. 63. in princ. & Iacob. de Sancto Georg. in sua inuestitura, in uersicu. Marchio. in princ.

Cum igitur Excellentissimus Princeps disposuerit prout conuentiones, & confirmationes disponebant, non est dubitandum tale testamentum ualere etiam in fauorem collateralium, cum ius assentiat, prout in casu simili concludit Afflict. d. decis. 119.

Ex resolutione supra scriptorum dubiorum eliciuntur duæ conclusiones in iure uerissimæ, prout etiā esse ueras infra apparebit.

Prima est, quod masculi tam descendentes, quam collaterales de dicta Illustrissima Prosapia de San Seuerino uirtute fideicommissi in omnibus feudis in perpetuam succedere possunt, exclusis fœminis, quæ de paragio dotari debent.

Secunda est, quod omnia feuda de dicta Illustrissima Prosapia, vti antiqua, & paterna, sunt ex pacto, & prouidentia, ac etiam ex uirtute conuentionum, & confirmationum, & ideo ex principali prouidentia primorum parentum post mortem, & annihilationem immediati uasalli, pertinent ad agnatum superstitem.

Ex his infertur, quod si consideramus Excellentissimi Domini Bernardini testamentum non est dubitandum, Excellētissimum Ducem præsentis Excellentissimi Principis Bissiniani unicum in principatu, in Comitatibus, & in alijs feudalibus virtute fideicommissi succedere posse, & debere.

Si consideramus conuentiones, & confraternitates factas inter proceres de Prosapia de San Seuerino, & confirmationes inde secutas per serenissimos Reges, & per Serenissimas reginas huius regni similiter præsens Excellentissimus Dux in omnibus feudis succedere potest, & debet ex pacto, & prouidentia primorum parentum, & ex pacto, & prouidentia Regum, & Reginarum.

Istæ enim confirmationes ad minus uicem legis obtinent l. 1. ff. de constit. princ. & a quibus confirmantibus ipsas conuentiones denominarentur, ubi conuentiones, seu confraternitates aliter ualere non possent per notata per Bartol. & Doct. in l. & quia. ff. de iurisd. omn. iud. & in c. 1. de confirm. util. uel inutil. & per consequens dicerentur erectæ, & factę per Serenissimos Reges, qui hoc facere potuerunt, & rationabiliter factæ fuerunt secundum Bar. in cons. 72. in vers. quarto probatur.

Ex prædictis igitur constat, & infra apertius apparebit. Hunc Excellentissimum tam uirtute fideicommissi, quam uirtute conuentionum, & confirmationum, seu regiorum assensuum in omnibus feudis succedere posse, & debere.

Stante hac conclusione, Quæritur. An distracta, alienata, & hypothecata per Excellentissimum dominum Nicolaum Bernardinū ad præsens Bisiniani principem per hūc Excellentissimum Ducem dicti Principis unigenitum filium possint absque onere solutionis æris alieni.

Pro resolutione huius dubij, & facti propositi duo sunt inuestigandi.

Primo an dicta reuocatio fieri possit post mortem patris.

Secundo an viuente patre ipse Excellentissimus Dux ipsa bona feudalia distracta, & hypothecata reuocare possit.

Pro resolutione primi dubij duo principaliter sunt consideranda.

Primo est animaduertio facienda circa testamentum Excellentissimi Principis Bernardini proaui præsentis Excellentissimi Ducis.

Secundo est facienda consideratio circa cōuentiones, & confirmationes.

Ex inspectione dicti testamenti apertissime constat hunc Excellentissimum Ducem debere, & posse ad principatum Comitatus, & alia feuda succedere ex fideicommisso, cū ex eius descendentibus descendat, & licet filij, & alij descendentes in perpetuum in ipso testamento sint in conditione positi, tamen uocati censentur.

Primo, quia eos onere fideicommissi grauauit, cum Excellentissimus Petrus Antonius sine filijs masculis decesserit, substituerit propinquiorem de Prosapia, & familia de San Seuerino, & idem ordinauit, si filius Excellentissimi Petri Antonij sine filijs masculis decederet, iubendo idem in infinitum ob-27 seruari a descendentibus dicti Petri Antonij. Filij enim, & descendentes positi in conditione uocati cēsentur, quando eos testator onere

onere fideicommissi grauauit, & sic determinauit Bartol. in l. centurio, numer. 37. ff. de vulg. & pupill. quam hodie magis communiter receptam dicit Socin. iun. cons. 114. nu. 28. volum. 3. quam tenent etiam Ancharan. Aret. Bald. Iacob. de Belui. Salyc. Ang. Castre. Socin. sen. Ioannes de mente sperell. Guid. Pap. dicens ita pluries iudicatum. Galiaula. Corne. Dec. Curt. iun. Cassan. Gozzad. Bertran. Curt. sen. Cuma. Imol. Alex. Paris. Mantua. Crauet. Socin. iun. Ruin. & Pontan. quos suis locis refert Antonius Gabri. in suis communibus Conclus. lib. 4. tit. de fideicom. conclus. 4. nu. 17. & eam ego tenui in meo tractatu substitutionum, in parte 4. cap. 11. numer. 28. per totum, & eam etiam tenuit Ioseph de Rusticis in suo tract. Aret. quando liberi, in lib. 4. cap. 2. parte 2. num. 28. dicens ab opinione Bartoli tanquam veriori, æquiori, & ueriori, & canonicata per Doct. perusinos non fore in iudicando, & consulendo recedendū, & nouissime eam tenuit celebris, & copius Doctor Antoninus Thesaur. in decision. 96. ubi sub num. 14. asserit ita per illum senatum fuisse decisum.

28 Secundo, quia testator ad plures gradus substitutionum digressus est, vt ex lectura dicti testamenti est videre, & hoc casu filij in conditione positi notati censentur. Petr. de Anchar. cons. 74. & eam tenent plures Doctores enumerati per Anton. Gabriel. d. conclus. 4. num. 15. & per Ioseph. de Rusticis in d. suo tract. lib. 3. cap. 1. num. 5. & nouissime eam tenet, & comprobat Antoninus. Thesau. d. decis. 96. ubi sub num. 17. ait ita per illum Senatum fuisse decisum, & licet ibi dicat meam declarationem non esse tutam, & alteram esse inanem, alibi tamen demonstrabo unam esse tutissimam declarationem, & alteram utilem esse, & non inanem.

29 Tertio, quia ipse Illustrissimus testator vocauit masculos excludendo fœminas, & conditio adiecta fuit cum qualitate masculinitatis, vt ex lectura testamenti constat, quo casu filij masculi in conditione positi, vocati, & positi in dispositione censentur, & hæc fuit opinio Guid. Pap. in quæst. 184. quem secuti fuerunt multi Doct. relati per me in meo tractat. substitutionum in d. c. 11. num. 24. & per Ioseph. de rusticis meum compatriotam, & uirum Doctissimum in suo tract. in lib. 2. cap. 2. & Antonin. Thesaur. eandem sequitur opinionem multos Doctores allegando in dicta decis. 96.

Ex prędictis coniecturis, & maxime simul unitis, non est dubitandum hunc Excellentissimum Ducem esse positum in dispositione, & vocatum cum descendat a dicto testatore, ex istis coniecturis simul unitis pluries per senatum Pedemont. fuit iudicatum filios, & descendentes in conditione positos esse uocatos, ut refert Anton. Thesaur. in d. decis. 96.

Cum igitur Excellentissimus Dux uirtute fideicommissi proaui succedere possit, & post mortem patris eueniat dies fideicommissi, sequitur quod eo tempore omnia bona feudalia uendicare poterit, licet fuerint distracta, hypothecata, & alienata, quia licet pendente conditione, seu die fideicommissi, bona fideicōmisso subiecta alienari possint, tamen purificato fideicommisso alienatio facta resoluitur, & bona uendicari possunt, ut est casus in l. final. §. sin autem auaritiæ. C. com. de leg.

30 Et si dicatur dictam cōclusionem non habere locum, quando alienans ignorabat bona fideicommisso subiecta esse, nam tunc tenet alienatio, & retractari non potest, ut est casus, in l. fin. §. fin. de leg. 2. & requiritur ignorantia hæredis grauati, & emptoris, ut in d. §. fin. probatur in uersic. respondeo propter iustam ignorantiam iam hæredis, quam emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario preciū dare debere, arguendo igitur a contrario sensu, quod arg. est in iure ualidum. l. 1. §. huius rei. ff. de off. eius, cui man. est iuris dic. et a natura dictionis copulatiuæ, quæ requirit utrūque fieri. l. si is, qui ducenta. §. utrum. ubi glo. ff. de reb. dub. quod arg. est similiter in iure permissum. clem. exiui. §. cum autem natura, de uerbor. sign. si iusta ignorantia hæredis grauati, & emptoris non interueniat, fundus apud emptorem remanere non debet, & hāc opinionem tenet ibi Bart. post glos. in l. quidam. §. si quis filium, in princ. glos. magnæ. ff. ad Trebell. & Bald. ibi, & in auth. res, quæ in princ. C. com. de leg. Idem tenet Ias. in d. authent. res quæ. colum. 2. vers. limitatur notabiliter. Neuizan. cons. 32. num. 10. & Octauianus Cacheran. decis. 73. vbi ait in princ. sic per illum senatum fuisse decisum, & in fine ait satis esse deducere de scientia alterius, cum ea probata, verum sit dicere, utrumq; non ignorasse, & ita testatur fuisse iudicatum per illum senatum.

31 Quæ ignorantia semper præsumitur, ex regula l. uerius. de prob. per quam ita dicūt Ias. in l. fin. in §. sed quia in quarto notab. C. commun. de leg. Socin. cons. 49. colum. penult. uolum. 1. Alexan. cons. 3. colum. 2. uersicu. item præsuppono. uolum. 3. & Beltrand. consil. 67. num. 23. vol. 1.

32 In alienante uero quando successurus erat ab intestato, similiter ignorantia pręsumitur. Rip. post Bartol. in l. qui Romæ. §. duo fratres nu. 50. & seq. de uerb. oblig.

Et cum in alienante successuro ab intestato præsumatur ignorantia, ideo Angel. in l. Marcellus. §. res quæ, col. 2. uers. ultimo sis cautus. ff. ad Trebel. dat cautelam, quod aduocatus debet esse cautus, ut deducat scientiam alienantis, & eum sequuntur communiter Doct. & Dec. cons. 155. in fin.

33 Quæ ignorantia præsumitur etiam in alienante

nante hærede mediante persona alterius. l. qui in alterius, de reg. iur. Alexan. consil. 284. colum. fin. uolum. 2. Socin. d. cons. 49. et Beltrand. d. cons. 67.

Sed in casu nostro Excellentissimus Dominus Nicolaus Bernardinus ad præsens Bisiniani princeps, qui bona feudalia fideicommisso subiecta distraxit, et hypothecauit, hæres est Excellentissimi Domini Petri Antonij hæredis instituti, & hæres est, qui ab intestato debebat succedere, prout successit, igitur in ipso ignorantia præsumitur, quæ ut dictum fuit, præsumitur etiam in eo, in quem bona distracta, et alienata fuerunt, & pro quo bona præfata hypothecata fuerunt, igitur cessat reuocatio, et irreuocabiliter esse debent penes quē fuerunt ipsa bona distracta, alienata, et hypothecata.

Huic oppositioni respondeo pluribus modis.

34 Primo ipsam conclusionem d. l. fin. §. fin. de leg. 2. non procedere, vbi bona grauati nō sunt sufficientia, vt in casu nostro, ad implendum fideicommissum, nam tunc alienationes retractari possunt ita Paul. de Castr. cons. 94. clarum est in iure. uolum. 2. Alexan. in l. Marcellus. §. res quæ, colum. 1. & 4. & ibi Ias. colum. 1. in fin. ff. ad Trebell. Ioan. Bertach. in tract. de Gabell. in 3. part. 8. part. principali. q. 32. Bertrand. cons. 23. ex themate. colum. 15. num. 67. uolum. 1. Socin. iun cons. 137. num. 5. volum. 1. Ruin. cons. 66. volum. 2. colum. 3. cons. 118. num. 11. eod. volum. & cons. 146. colum. fin. uol. 3. Socin. cons. 49. num. 13. uol. 1. & cons. 75. col. fin. eod. uol. 1. Roland. a Valle cons. 81. num. 16. uol. 2.

35 Secundo respondeo, quæ responsio est cōtra Ang. opinionem, quod agens ad reuocationem eorum, quæ alienata sunt, non teneatur ipse probare, scientiam alienantis quia intentio sua fundata uidetur ex regula, quæ dicit quod bona subiecta restitutioni non possunt alienari l. Marcellus. §. res quæ. ff. ad Trebel. & in l. fin. §. fin. C. com. de leg. unde, qui allegat exceptionē de alienatione facta ignoranter tenetur illam probare. l. in exceptionibus. ff. de probat. ne autem hæc consideratio auctoritate carere uideatur in terminis tradit Dec. cons. 236. nu. 14.

36 Tertio respondeo fideicommissum factū in casu nostro a testatore, est super bonis feudalibus, & sic fideicommissum est particulare, & non uniuersale.

Hoc stante, dicitur §. fin. procedit in legato vniuersali, non autem in fideicommisso particulari, sic tenuit Imol. in l. quidam ita. §. si quis filium. ff. ad Trebel. quem sequuntur Alex. in d. l. Marcellus. §. res quæ. Socin. cons. 49. num. 11. & seq. & cons. 75. num. 16. uol. 1. Beltran. cons. 66. & 67. volum. 1 & Ias. in l. fi. §. sed quia in 4. notab. C. com. delegat. & licet contra hanc opinionem teneant multi Doctor. ut per Ruin. cons. 65. num. 7. uolum. 2. tamen ab hac non est discedendum, quam tenet etiam Octauianus Cacher. decision. 73. numer. 4.

37 Quarto respondeo. d. §. fin. non procedere quando ultra fideicommissum esset expressa prohibitio testatoris, quia eo casu ignorās ignoranti alienare non posset Gratus post plures, quos allegat in resp. 91. num. 13. & 14. uolum. 1. Doct. in l. filiusfamilias. §. diui, de leg. 1. & Octau. Cacher. d. decis. 73. in fine, sed in casu nostro cum testator se refert ad conuentiones, adest prohibitio expressa, ut inferius apparebit, igitur dispositio d. §. fin. non procedir in casu nostro.

38 Quinto respondeo. In casu nostro prohibitio simpliciter facta est per legem, quia feudo distrahi, alienari, & pignorari non possunt. c. 1. de prohib. feud. alienat per feder. quo casu non procedit. d. §. fin. quia quando sumus in casu in quo simpliciter prohibitio facta est a lege, tunc bona fideicommisso subiecta, alienata per ignorantem reuocari possunt, sic notab. declarat Corne. consilio 294. sub numero qu into. uersicu. nec aliter uidetur dicendum. uol. 3.

39 Sexto & ultimo scientiam in alienantibus probari dico, & præcipue moderni Excellentissimi Principis, ex lite mota contra ipsum per D. Comitem Saponariæ in cuius processu, ut in facto præsupponitur, fuerunt exhibita omnia documenta fideicommissi cū multis Regijs assensibus, igitur dicta oppositio non obstat, quia ad hoc, ut reuocari possint, alienata, sufficit, quod alienans scientiam habuerit, ut supra dictum fuit.

Cum hæc igitur oppositio non obstet, de necessitate sequitur ipsum Excellētissimum Ducem virtute huius fideicommissi, posse alienata, distracta, & hypothecata post mortem patris reuocare, & contra possessores rei uendicatione agere, & hæc est indubitata conclusio.

In secunda consideratione quia conuentiones, seu cōfraternitates factas, & circa confirmationes inde secutas a serenissimis Regibus, & Reginis, pro eius resolutione, duo principaliter, & de necessitate sunt uidenda, & primo, quæ feuda sint ista. Secundo. An ex dictis conuentionibus, & confraternitatibus dicatur in casu de quo agitur, inductum fideicommissum.

In primo quæsito concludendum est feuda esse simpliciter ex pacto, & prouidentia, pro cuius probatione notanda sunt illa uerba in prima conuentione.

Quod masculis superstitibus ex eis, & aliquo ipsorum descendentibus in quocumq; gradu reperiantur, & uerba illa. Sed masculi quantumcunque remoti, ita quod in gradu proximiores sint succedant.

Et uerba confirmationis Regis Roberti, quæ sunt. Ac etiam de nouo concessit, ordinauit, & uoluit, quod tam prædicti supra nominati,

minati, quam cæteri alij de dicta Prosapia, & domo de Sancto Seuerino tunc nati, & in antea nasci turi possent hac prærogatiua speciali gaudere, &c. Et uerba posita in secunda conuentione, quæ sunt. Vt antiquitas, unitas, & dignitas, atque potentia status, siue statuum ipsorum per mulierum successionem non minuerētur, nec ad alienam familiam transferentur, sed in perpetuum pro masculis conseruarentur, & in familia, atque domo San Seuerina perpetuo remanerent, ac etiam illa. Quod in eorum, & cuiuslibet ipsorum principatibus Ducatibus, Comitatibus, Baronijs, Ciuitatibus, terris, castris, ac bonis feudalibus quibuscunque acquisitis, ac in posterum acquirendis per ipsos, & ipsorum quemlibet eorum descendentes, natos iam, & in posterum nascituros omni futuro tempore, modo, & causa quacunque, si quem ipsorum, dominorum, vel suorum descendentium in perpetuum decedere contigerit, filijs masculis non derelictis, fœminæ non succedant, quamdiu, & donec ex prędictis Roberto, Barnaba, & Galeatio, Hieronymo, & Carolo, uel eorum, & cuiuslibet ipsorum descendentibus masculus legitimus, & naturalis eiusdem cognominis, & ut sequitur.

Ex prædictis uerbis, & alijs positis in dictis conuentionibus, & confirmationibus apparet, quod sunt uocati omnes de dicta Prosapia, siue sint accedentes, siue descendentes, siue collaterales, seruata tamen gradus prærogatiua, & sic feuda sunt pro ipsis, & filijs masculis, & ascendentibus, & descendentibus, & collateralibus, & ideo non dicuntur feuda hęreditaria, sed simpliciter ex pacto, & prouidētia. Andr. de Isern. in cap. 1. §. hoc quoque qui feud. dar. poss. & hęc est communis regula, vt ait Dec. cons. 445. num. 8. quos sequitur Iul. Clar. lib. 4. sentent. §. feudum. quæst. 9. uersic. quandoque uero, & secundo, & idem dicunt Alex. con. 26. num. 4. volum. 5. Dec. consilio 185. num. 2. & 4. loquens in inuestitura Ducis Sabaudiæ. Afflict. de prohibit. feud. alien. per Feder. §. præterea ducatus, & Soc. iun. consil. 72. nu. 24. vol. 1. *(40)*

Comprobat hæc ratio, quia uirtute conuētionum feuda ista ex pacto debentur, & ideo non possunt dici hæreditaria, quia hæreditas pacto dari non potest. l. pactum, quod dotali, & l. fin. C. de pact. & eo ipso, quod alterius beneficio, & conuentione mihi directo quicquam acquiritur, dici non potest a defuncto relictum nec in illius hæreditate comprēhensum. l. 1. §. nec Castrense. ff. de coll. bon. l. si arrogator. ff. de adopt. l. omnimodo. §. imputari. C. de inoff. test. l. si quis in sacris. in fin. C. de proxim. sacr. scrin. lib. 12.

Faciunt etiam pro hac conclusione uerba illa posita in prima conuentione unus succedat alteri nam conclusio est, quod quando in feudo fiunt substitutiones, succeditur ex pacto, & prouidentia, non iure hæreditario, ut tradit Isern. cap. 1. §. sed quia vidimus. uersic. quod autem dicitur de his qui feud. da. poss.

Et si dicatur dicta feuda esse hæreditaria, vt uideatur probari ex illis uerbis, in prima conuentione prolatis, si unus succedat alteri decedenti sine hærede masculo ex suo corpore legitime derelicto.

Respond. duos considerando casus.

(41) Primus est, quando quis succedit alicui ex dictis dominis decedenti sine filiis masculis, & tunc respectu istius successoris non est dubitandum feudum esse, simpliciter ex pacto, & prouidentia, cum respectu ipsius nullibi nec in conuentionibus, nec in Regijs assensibus fiat mentio de hæredibus.

Secundus casus est, quando quis decedit cum filio masculo, & tunc respectu istius similiter dicendum est feudum esse ex pacto, & prouidentia, & Ratio est. Quia illa uerba, sine hærede masculo ex suo corpore legitime descendente intelliguntur, idest sine descendente, & ideo intelliguntur feuda esse ex pacto, & prouidentia iuxta quæst. Rayn. de forli. incip. quidam habebat duos filios, sequuntur Bald. in l. Caius colum. 2. uersicu. & per hoc determinatur. ff. solut. matrim. & in l. Gallus. §. etiam. ff. de lib. & posth. & in l. cum virum colum. fin. uers. tu dic. C. de fideicom. Alex. d. §. etiam. colum. 3. l. quod dicitur, nu. 17. de uerb. oblig. & cons. 105. colum. 2. uersi. & præsuppono, volum. 1. Ias. d. §. etiam. col. 6. vers. quarto ultra Bart. & cons. 118. colum. 3. volum. 4. Dec. cons. 78. col. 1. cons. 185. num. 3. cons. 239. num. 4. & 395. num. 6. Paris. cons. 23. num. 13. volum. 1. Rube. cons. 85. num. 4. & 5. cons. 110. num. 4. & cons. 164. numer. 12. Curt. iun. cons. 171. num. 6. Brunus cons. 24. nu. 3. vers. sexto est animaduertendum. Soc. iun. cons. 72. num. 27. cons. 137. num. 13. uol. 1. Roland. a Val. cons. 67. num. 22. & 25. volum. 2. Natta cons. 127. num. 2. cons. 128. num. 12. & cons. 130. num. 12. Cremens. sing. 15. Aym. Crauett. cons. 38. num. 5. cons. 131. numer. 8. cons. 155. num. 6. Bero. quæst. 17. numer. 5. & Bellon. consil. 33. num. 2. ubi ait esse communem opinionem, & Arius Pinel. in l. 1. in 3. par. sub num. 88. uers. ego autem, vbi in numeros citat. C. de bon. mater. *(42)*

Comprobatur in casu nostro hæc conclusio ex duobus.

(43) Primo per illa uerba, ex suo corpore legitime derelicto, quæ arguunt feuda ipsa longe magis esse ex pacto, & prouidentia, ut argumentatur Dec. cons. 395. num. 7. Gozzadin. cons. 26. num. 30. & Socin. iun. cons. 112. nu. 7. & 8. vol. 2.

Secundo, nam si feuda ista essent hæreditaria, & sic descendētes inuitati ad fideicommissum, deberent esse hæredes eius, qui alienauit contra prohibitionem paciscentium, talis hæres, licet uocatus esset ad fideicommissum, non posset bona alienata reuocare, quia non posset uenire contra factum defuncti,

cuius

cuius ipse esset hæres.l.cum a matre.C.de rei uend.& ita alienatio firma remaneret contra voluntatem contrahentium, vt ergo intentio disponentium locum non habeat, dicendum est, quod ad dictum fideicommissum uocati sint simpliciter descendentes, licet hæredes non sint, & per hanc rationem, & per alias in casu simili ita format Dec. consil. 38. sub num.5.

44 Et sic est decidendum cum in dubio eadē feuda non hæreditaria, sed ex pacto, & prouidentia esse præsumendum sit, cum regulariter ita concedantur, secundum Martin. laud. in c.1.§.hoc quoque de success.feud.cum aliis relatis per Paris.cons.23.num. 134. & hæc sit natura feudorum, vt ad solos liberos regulariter transeant. Socin.iun.cons. 112.sub num. 7.uolum.2.Arius.Pinel.d.l. 1. in 3. part. num. 91.in princ.Camer.in repet.c.1. An agnat. in primo quæsito, num. 11. cum seqq.& Ioan. Thom.Minad.cons.1.

45 Et dicta uerba sine hærede posita sunt in verbis executiuis, & respiciunt executionem, & modum succedendi, & non principalem dispositionem fideicommissi, & ideo non alterant, nec mutant naturam principalis dispositionis.clem.i.infin.de præben.Roland.cons. 8.num.15.volum.1.& Dec.cons. 38.colum. 6.vers.confirmatur hoc, & propterea illa uerba sine hærede, intelliguntur sine descendente, secundum communem vsum loquendi, qui est quod filij, & descendentes, hæredes appellentur, vt tradit Bald cons. 125.uiso testamento, vol.4.

Ex prædictis clare patet feuda ista esse ex prouidentia, & pacto.

Et ideo ad hoc ut quis in talibus feudis succedat sufficit, quod sit filius, uel descendens ab illo primo acquirente, non autem requiri-* tur, quod sit hæres. & hæc est communis opinio, vt dicit Ias.in l. si post mortem, in princ. nu.3.de leg.1.& cons.56. colum. fin. in princ. ibi est ergo, uol.3.

Et si dicatur, quod cum præsens Excellentissimus Dux sit filius Excellentissimi Principis Bisiniani, adueniente tempore, non potest repudiare hæreditatem, & retinere feuda tex.in c.1.an agnat.vel filius.

46 Respondetur, quod licet nonnulli teneant dictum text. procedere etiam in feudis simpliciter, ex pacto, & prouidentia, vt fuit inter alios Andr.de Isern.in d.c.1.& eam esse com-* munem dicit Curt.iun.cons.138. numer. 29. Brun.cons.24.in princ.& Didac.lib.2.uariarum resolut.cap.19.post num.4.ubi etiam in versicu. secundo subdit, quod Salyc.& Imol. falso testantur communem opinionem esse in contrarium.

Tamen uera est conclusio dictum textum non habere locum in feudis simpliciter ex pacto, & prouidentia, & ita tenet Bald.in d.c. 1.num.8.Salyc.in l.1.num. 5.in fin. C.de lib. * & cor.liber.ubi ait hanc esse communē opinionem.Imol.in c.ex parte, num.19.de feud. Iaco.de sancto Georg. in inuestitura sua feudali, in uerb.ita tamen, quod ipsi inuestiti, in princ.Galiau.in l.Gallus.§.quidam recte nu. 37. ff. de lib.& posth.Iul.Clar. d.§.feudum. quæst. 76. vbi ait hanc opinionem esse uriorem. Roland. a Valle cons. 28 uolum.3.vbi ** asserit hanc esse magis communem opinionem, & latissime Octauia.Cacher.decis. 161. per tot.ubi ait hanc esse crebriorem, & magis receptam. Et Bursatt.cons.291.num. 104. uolum.3.

47 Et ad auferendam difficultatem, & eueniente casu bonum esset accipere hæreditatē cum beneficio legis, & inuentarij, si eam repudiare noluerit, cum tunc non teneatur creditoribus paternis satisfacere de ipsis feudis. Curt. iun. de feud.in 4. part. in tertia reg.colum.3. vers.limitate prædictam. Paris.consil: 10.numer.8.volum. 1.Iul. Clarus in d.§.feudum, in quæst. 42. uers.successiue quæro, & quæst. 43. Dominus Vincent. de Franchis. decis.1. Andreas in c.1.numer.5. & 7. an agn. vel fil.Vrsillus ad afflict.decis.112.numer.4.& 248.num.9.Loffredus.cons.52.numer. 51.& Thom. de Marinis, in tractat. de genere, & qualitate feudorum, in titu. de feudo ex pacto, & prouidentia sub.num.83.uersicu.bene verum est.

In secundo quæsito uidetur prima facie dicendum in casu nostro virtute conuentionum non esse inductum fideicommissum, ipse enim conuentiones uendicant tantum sibi locum, quando deficiunt masculi, & existunt fœminæ, & sic ubi de exclusione fœminarum tractatur, quasi, quod in eo tantum casu masculus proximior dicatur substitutus, cum uenit ad exclusionem fœminarum, & ad successionem deficientis sine masculis, non autem quando cum masculis decederet, vel absque alia prole masculina, quia hic casus uidetur omissus a contrahentibus, & sic remanere debet in dispositione iuris communis, arg.l.commodissime.ff.de lib.& posth.& cum loquatur in prædicto casu, idest quando tractatur de successione morientis sine masculis, non potest fieri extensio ad hunc casum, quando cum masculis decedit, & sic quod etiam ipsi filij masculi uirtute fideicommissi uocati censeantur, quod probatur his rationibus.

48 Et prima est. In substitutione facta sub cōditione voluntaria non est licita extensio de vno casu ad alium. Bart. Bald. Paul. de Castr. Alex. Ruin.& Doct.communiter alij in l.Gallus.§.& quid si tantum de lib. & posth. Rip. & Soc.in l.1. de vulg. & pupill.substit. Socin. cons.140.sub num.9.uolum.1.Ruin. cons. 4. num. 4. uolum.5. Roland. a Valle consil. 57. num.55.volum.3.& Marc.Ant.Natta consil. 678 volum.3. Ratio est, quia testator uidetur considerasse modum implendi, & non effectum, & ideo conditio tunc adimpleri debet in

in forma specifica.l.qui hæredi,& l. Mæuius. ff.de condit. & demonstr. sed in casu nostro conditio substitutionis per paciscentes fuit uoluntaria, .i.si aliquis ex ipsis Dominis sine filijs masculis decederet, relicta tamen fœmina igitur hæc substitutio non extenditur ad hunc casum, quando vnus ex dictis dominis cum filijs masculis decedit, prout est in casu nostro.

49 Secunda est quando in casu expresso substitutionis apposita fuit dictio, tunc, vel, eo casu, tunc ad casum duntaxat expressum præcise restringitur, & ad alium casum non porrigitur. Dec.cons.63. numero secundo, consilio 315.numer.2. cons.332.numero primo, Petr.de Anc.cons.356. Roman.cons. 131. & 138.Socin.iun.cons.181.num.6.volum.2. Socin.cons.259.colum.3.versicu. confirmantur præmissa,uolum.2.Dec.in l.quamuis,col. 2. C.de impub. & al.substit. & Natt. in d. cons. 6v8. sed in casu nostro in substitutione per paciscentes facta in secunda conuentione, adest dictio tunc,& eo casu, ut ex lectura ipsius est uidere igitur ea substitutio ad casum duntaxat expressum præcise restringitur, idest si aliquis ex dictis Dominis de San Seuerino sine filijs masculis decederet, & non ad casum,quādo cum filijs masculis decederet.

His in contrarium adductis non obstantibus veritas se in contrarium habet, & sic quod casus substitutionis extendatur etiam, quando quis cum filijs masculis decedit, adeo, quod filij masculi etiam vocati censentur, quod uerum esse apparet ex infrascriptis.

50 Primo, tam in prima quàm in secunda conuentione filij licet fuerint positi in conditione, tamen vocati censentur, tum quia sub qualitate masculinitatis de eis pluries mentio facta fuit, cum quia grauati fuerunt onere dotandi filias fœminas, tum quia paciscentes digressi fuerunt ad plures gradus substitutionum, tum quia exclusus fuit fiscus & omnis alia persona, quæ non sit de dicta Prosapia;& tum quia habita fuit ratio perpetuandi bona in agnatione, perpetuo,& in æternum,vt unitas antiquitas.& potentia eiusdem domus magis elucescetet. Quibus casibus certum est,quod filij in conditione positi, uocati in dispositione censentur, ut supra dixi, & tradit. Iul. Clar. in §. testamentum, quæstion.79.Anto. Gabriel.tit.de fideic.conclus.4.Menoch.in tractat. de præsumpt. præsumpt.76.Bursat.cons.301. volum. 3. & Anton.Thesau.decision.96.vbi dicit quod dictę præsumptiones simul unitæ sufficiunt sine difficultate ad decidendum, quod filij in conditione positi ad fideicommissum vocati censeantur.

Secundo probatur nam si paciscentes uoluerunt excludere fœminas ob remotiorem masculum existentem ultra decimum gradum etiam transuersalem,& eo casu contrahentes uoluerunt bona esse uinculata, igitur quanto magis dicendum est ita uoluisse, quando masculi descendentes extarent,& sic etiam in hoc casu uoluisse bona esse uinculata, & inter illos etiam esse absolutum fideicommissum, sic dicunt in casu simili Paris. cons.6.numer. 12.18. & 21.volum.3.Crauet. cons.130.num.4.6.& 10. Thob.Non. consil. 132.num.13. & 18.& Bursat.cons.227.num. 36. volum.3. & ratio est, quia cum dicti contrahentes voluerint proprias filias excludere propter remotissimos masculos de agnatione, ipsius agnationis fauore, vtique si interrogati essent,an etiam intenderent excludere extraneas personas, in quas ex aliqua causa bona feudalia per possessores descendentes transferri possent, idem respondissent, igitur censetur inductum fideicommissum etiam eo casu,nec alias elusoria fieret voluntas contrahentium,sic ad inducendum fideicommissum concludunt Roland. a Valle, cons.23.num.19.volum.4 & Batsat.consilio 227.nu.66.vol.3.

Tertio & vltimo alijs omissis, probatur hac consideratione.

Substitutio per paciscentes seu contrahentes facta fuit ad hoc, vt feuda conseruarentur in domo,& familia de San Seuerino,& in æternum, & hæc conseruatio agnationis considerata fuit pro natis,& nascituris,ut vnitas, antiquitas,& dignitas, atque potentia status, seu statuum ipsorum per mulierum successionem non minuerentur, nec ad alienam familiam transferrentur, sed in perpetuum per masculos conseruarentur,& in familia, atque domo San Seuerina perpetuo permanerent.

51 Hęc verba significantia perpetuationem,ac cōseruationem dictę Illustrissimæ Prosapię, & familiæ in prooemio positæ fuerūt,& ideo ex eis colligitur mens disponentis, etiamsi in verbis dispositiuis nihil dicatur.l.fin.ff.de hæred.instit.& l.fin.vbi Bal.& alij.ff.de test.tut. Procemium enim ampliat dispositionem. Rolan.a Vall.cons.67.nu. 7. uol.3. & demonstrat enixam voluntatem disponentis. Rolan.d.cons.& disponentis causam finalem inducit Bursat.cons.345.nu.5.uol.4.

Verba igitur in dicto prooemio conuentionum, seu confraternitatum posita, cum sint generalia comprehendunt etiam casum, quando quis decedit sine masculis, & quado decedit cum masculis, cum utroq; casu militet ratio conseruationis agnationis,& familiæ,quæ ratio unitatis,perpetuitatis,& conseruationis familiæ in perpetuum inducit fauore agnationis perpetuum fideicommissum. l.filius familias.§.cum pater. ff. de leg. 1. & l. fideicommissa §. hæc uerba. ff. de leg. 3. Raphael.Fulgos.in l.peto.§.fratre,nu.5.de leg.2. Socin.in l.si cognati.ff.de reb. dub.Roland. a Valle cons.70.num. 19.cum seqq.uolum. 3. & Io.Cęphal.cons.330. numero nono, & 66.

volumine tertio, si enim non inducerent dicta verba fideicommissum, etiam inter filios, vttique bona in familia perpetuo non conseruarentur, cum si quis cum filijs decederet posset bona distrahere, & alienare, quod dicere, est contra mentem expressam contrahentium, & ideo verba ipsa fideicommissum inducunt ex regula, quod qui vult consequens vult necessarium antecedens ad illud. l. ad rem mobilem. ff. de procu.

52 Hæc enim ratio conseruationis bonorum perpetuo in familia inducit perpetuum fideicommissum simplex, & absolutum, etiam quando in uerbis dispositiuis determinatur vnus casus substitutionis, puta alienationis. Dec. consilio vigesimotertio, numero tertio, & consilio trigesimooctauo, Roland. a Valle consilio vigesimotertio, numero vigesimosecundo, cum seq. uolumine quarto, & Bursatt. dicto cons. num. 23. 27. 30. 35. & per tot.

Et hinc est, quod licet substitutio in uno casu tantum reperiatur expressa, tamen ex verisimili mente testatoris, ex identitate rationis, trahitur ad alium, si in eo idem responsum a testatore expectaretur Francisc. Curt. consilio septuagesimoquinto, columna tertia, versicu. & istud comprobo, vbi allegat text. aureum in l. Titius §. Lucius Titius, de lib. & posth. vbi ponunt hoc Barro l. Paul. de Castr. & alij, & idem dixit in consilio quinquagesimoprimo, & idem tenet Fulgos. consilio decimoquinto, Cuman. consilio 121. & Socin. iuni. cons. 42. num. 21. cum seqq. volum. 1.

Et non est mirum quia quando adest dicta ratio conseruationis agnationis, censetur disponens uoluisse facere illas substitutiones per quas bona successiue conseruentur in familia, non autem per quas remaneant liberę pęnes hæredem institutum, & uerisimiliter ad alienas familias proficiscerentur. Dec. in dicto consilio vigesimotertio, & consilio 371. uidetur enim fecisse substitutiones omnes necessarias ad ipsam perpetuitatem inducendam, & sine quibus ipsa bona perpetuo conseruari non possent in familia, & si id aliter non expresserit. Molin. in tractat. de Hispan. primogenit. lib. 1. cap. 4. numer. 14. cum seqq. vbi plures cumulat non enim aliter bona in familia conseruari possent, nisi inter omnes de familia fideicommissum inductum fuisset. Bursatt. cons. 227.

Cum igitur in casu nostro conuentio, seu confraternitas inter dictos proceres facta fuerit, causa conseruandi, & perpetuandi agnationem, & familiam de San Seuerina sequitur, quod inter omnes illos de dicta Prosapia inductum fuit in ipsis bonis feudalibus fideicommissum, siue in casu, in quo quis sine filijs decedit, siue cum filiis, cum in utroque casu eadem ratio perpetuitatis familiæ militet.

53 Hac conclusione ita firmiter stante. Non obstant rationes in contrarium adductæ, & Prima non obstat, quia ea procedit in conditione mere uoluntaria, & quando non fuit consideratus effectus, secus uero quando effectus consideratus existit, item quando constat de contraria Testatoris voluntate, ut declarat Socin. in d. §. & quid si tantum in ult. not. quem sequitur Socin. iun. consilio quadragesimosecundo, sub numero vigesimoquinto, uersicu. tamen illud non procedit, volumine primo, sed in casu nostro per paciscentes fuit consideratus effectus, idest conseruatio agnationis, nam tunc effectus consideratus dicitur Socin. iun. d. cons. 42. & in consilio 581. nu. 36. vol. 2. & constat de uoluntate disponentium saltim præsumpta igitur extensio permittitur.

54 Immo quando per testatorem, seu contrahentes consideratur effectus, conditio non dicitur voluntaria, sed necessaria quoties enim principaliter consideratur effectus prout est in casu nostro, si ad eum effectum ponitur una conditio, licet alias per se illa conditio sit uoluntaria, tamen quantum ad propositum nostrum debet dici necessaria, in qua non consideratur omnimoda necessitas, sed vtrum sic vnum de necessarijs saltim alternatiue ad effectum per testatorem consideratum, ita in similibus terminis considerat Corne. cons. 276. volum. 3. quem refert, & sequitur Socin. iunior d. cons. 42. sub numer. 25. vnde cum dicatur conditio necessaria, permissa est extensio de vno casu ad alium. Bartol. & alij Doctot. communiter in dicto §. & quid si tantum, & ita in terminis concludit Socin. iun. dicto consilio 42. sub numero vigesimoquinto.

55 Nec obstat secunda ratio, quia propter eandem rationem conseruationis familiæ fideicommissum factum in unam causam extenditur ad aliam, etiam quando in uerbis dispositiuis adest dictio, tunc, & eo casu. Rolan. a Vall. cons. 70. num. 49. & seq. vol. 3. immo propter eandem rationem fit extensio, vt dispositio extendatur ad casum contrarium expresso, si in contrario militat eadem ratio Dec. cons. 226 sub nu. 8. & Bursatt. late in d. cons. 227. numer. 66 Vnde cum in casu nostro dispositio facta sit causa conseruandi agnationem, sequitur, quod ubi habet locum eadem ratio, semper habeat locum dispositio eadem, deinde consideratur quod in prima conuentione non adest in casu substitutionis dictio tunc, vel eo casu nec in secunda, & pręcipue, vt restringatur substitutio, vt ex lectura ipsarum est uidere.

Concludendum est igitur hunc Excellentissimum Ducem virtute conuentionum comprehensum esse in fideicommisso, & iudicio meo est indubitata conclusio.

Stantibus supradictis resolutionibus, quod dicta feuda sint ex pacto, & prouidentia,

& quod

& quod Excellentissimus Dux etiam ipse ad dicta feuda uocatus censeatur, sequuntur ex eo duæ in casu nostro necessariæ conclusiones.

Prima est, quod Excellentissimus Dux potest post mortem patris feuda alienata distracta, & hypothecata reuocare.

56 Ratio est, quia uasallus cum consensu domini non potest alienare feudum ex pacto, & prouidentia, in præiudicium filij, & agnatorum, cum enim sit ius quæsitum descendentibus ex tenore primæ inuestituræ, merito non potest tolli per aliquem ex successoribus primi inuestiti rationabile enim est, ut in huius modi feudis, quæ a maioribus suis proueniunt, non possit uasallus aliquo modo filijs suis præiudicare, quia ad feuda ipsa ueniunt non ex facto ipsius patris, sic tenet Aluarott. in capitulo primo, post numerum quartum, versicu. oppono ab extra, quemadmod. feud. ad fœmin. pertin. Andr. de Isern. in capitulo primo, §. quid ergo, de inuestitur. de re alie. fact. Curt. iun. de feud. in quarta parte in ultim. particula, in prima regula, columna tertia, uersicu. stat ergo ex præmissis. Collegium Bononiense inter consilia Curt. senioris, consilio quinquagesimo, numero vigesimoprimo, Paris. consilio decimoseptimo, numero decimosexto, volumine primo, & hæc est communis, & ab omnibus approbata conclusio, ut dicunt Socin. iun. consil. 112. num. 1. volum. 2. Iul. Clar. in d. §. feudum, quæstion. 41. & Ioan. Cęphal. consilio 307. numero 9. volum. 3.

57 Et ideo licet permittatur alienatio feudi cum consensu Domini capitulo primo, de prohibit. feud. alien. per lothar. & capit. primo, de prohib. feud. alien. per Feder. in princ. tamen resoluitur post mortem alienantis, & defertur feudum proximioribus agnatis, capitulo primo, & ibi notatur, de alien. feud. patern. & consequenter permittitur reuocatio, ut probatur in capitulo primo, §. Titius filio, si de feud. defunct. contenr. fuer. trad. Ruin. consilio octauo, & consilio trigesimoseptimo, numero decimooctauo, & consilio 213. numero secundo, uolumine primo, Iul. Clar. in dicto §. feudum, quæstione quadragesimasecunda, & Io. Cęphal. consilio 307. numero nono, volumine tertio, ubi plures Doct. cumulat.

Secunda conclusio est, quod dictus Excellentissimus Dux dicta feuda alienata distracta, & hypothecata reuocare possit absque restitutione æris alieni.

58 Ratio est, quia, ex quo in omnem casum feuda ad ipsum dominum Ducem deuoluantur ex prouidentia primi inuestiti, non uidetur æquum, ut ipse teneatur rem suam precio redimere, sic tenet Iul. Clar. in dicto §. feudum quæstione quadragesimasecunda, uersic. sed an in præmissis casibus. Ioan. Cęphal. consilio 403. uolumine tertio, Capyc. decis. 199. Albert. Brun. consilio decimooctauo, numero decimotertio, & Capyc. in sua inuestitura in verb. success. fol. 196. & in uerb. hæreditarium, conclus. 4. fol. 237. probatur expresse in c. 1. §. Titius filios, si de feud. defunct. conten. sit inter dom. & agnat. uas. & ibi Matthæus de Afflict. & hæc est indubitata conclusio.

59 In secundo dubio principali. An uiuente patre Excellentissimus Dux bona feudalia distracta, hypothecataque reuocari possit, pro eius resolutione duo sunt considerandi casus.

Primus est. An distracta, & hypothecata de manu tertij possessoris reuocare possit.

Secundus est. An de manibus patris.

Pro resolutione primi casus duo alij sunt considerandi casus.

Primus est. An reuocare possit, & in hoc casu concludas affirmatiue, ita tenent. Iul. Clar. in d. § feudum, quæst. 42. in princ. Bart. Camera in repet. cap primo, in titu. an agnat. num. 34. Andre. de Isern. in capit. primo, §. & si libellum, de alien. feud. patern. columna prima, uersicu. si uero ex pacto, & in cap. 1. §. præterea, de cap. Corrad. & in §. hoc quoque, columna secunda, uers. hodie nihil alienat. de success. feud. & Vincent. de Anna in alleg. 67. num. 39. probatur expresse in c. 1. §. Titius filio, si de feudo defunc. conten. sit, & ibi Andr. de Isern. & reliqui Doctores.

60 Secundus casus est. An absque restitutione precij reuocare possit, & in hoc casu reperio non posse Excellentissimum Ducem uiuente patre, reuocare feuda distracta, & hypotheca ta absque precij restitutione cum filio concedatur facultas reuocandi feuda alienata, & distracta uiuente patre dummodo emptori precium restituat, ita in terminis probatur, in d. §. Titius filio, & ibi sic expresse dicunt Isernia. Afflict. & reliqui scribentes, & in hanc opinionem ultra alios concurrunt Iul. Clar. in d. § feudum. quæst. 42. in princ. & per torum. Zasius in tract. de feud. parte 9. num. 38. & Camer. in repet. dicto capit. primo, num. trigesimoquarto, ubi dicit hanc esse ueritatem.

Pro parte uero contraria, quod uiuente patre permittatur reuocatio absque precij restitutione facit hæc consideratio.

Iam per primam, quam per secundam conuentionem, quam per testamentum Illustrissimi Principis Bernardini inter proceres de hac Prosapia San Seuerina inductum fuit reciprocum fideicommissum, ut supra late demonstraui.

Ex dicto igitur fideicommisso inducta est prohibitio dictorum Illustrissimorum dominorum in eorum conuentionibus, seu confraternitatibus quæ dicitur tacita,

cum uirtute reciprocæ fideicommissariæ substitutionis inducatur tacita alienationis prohibitio. glos. in l. cum pater. §. liberis. ff. de leg. secundo, uersicu. ne alienarent, dicitur, & expressa, cum adsit promissio de non contrauenendo, sed inuiolabiliter obseruando, sub pœnis, & hypothecis, & cum clausulis, rato manente pacto, & facultatibus auocandi ipsa bona etiam de facto, & propria auctoritate a quibuscunque a tertijs occupatoribus. Adest etiam legis prohibitio quia ea quæ subiacent restitutioni alienari non possunt. l. final. §. sin autem. C. commun. de legat.

Cum igitur ex illa tacita prohibitione in casu nostro inductum sit fideicommissum. An statim hic Excellentissimus Dux, & sic uiuente patre reuocare possit habemus pro una parte text. in l. unum ex familia. §. quod si talia verba fuissent. ff. de legat. secundo, in quo disponitur fideicommissum post mortem alienantis reuocari posse, & non ante.

Pro alia parte habemus text. in l. cum pater. §. libertis. ff. de legat. secundo, in quo prouidetur proximiorem de familia in uita alienantis fideicommissum reuocare posse. Bartol. in l. peto. §. prædium de legat. secundo, concordando dicit quod, quando alienatio fuit necessaria procedit dict. §. quod si talia uerba, quando fuit uoluntaria procedit dicto §. libertis, & sic in alienatione uoluntaria perdit hæres prohibitus ius retinendi, quod habebat donec uiueret, quia nec in alium transfert, nec pœnes se remanet, sed in proximiorem de familia deuoluitur, ut tradit Paul. de Castr. in dicto §. prædium.

In alienatione igitur uoluntaria proximior de familia admittitur ad reuocationem integri fideicommissi, ut in dict. §. libertis probatur, Igitur sine precij restitutione, alias si precium restituere cogeretur, integras partes fideicommissi non recuperaret, certum est enim quod adueniente die seu conditione bona subiecta fideicommisso, & alienata uendicari possunt absque precij restitutione. l. fin. §. sin autem sub conditione. C. com. de legat.

Cum ergo præsupponatur alienationes per Excellentissimum præsentem Bisiniani Principem factas fuisse uolnntarias, sequitur, quod Excellentissimus Dux dictas alienationes reuocare potest uiuente patre, qui uoluntarie alienauit, absque precij restitutione.

Comprobatur hæc ratio, nam omnia feuda in domo, & casata de San Seuerino perpetuo permanere debent. Si uiuente alienante absque precij restitutione feuda reuocari non possent, sequeretur quod posset succedere, quod proximior de familia non haberet precium, unde restitueret, & sic necesse esset ut expectaret alienantis mortem, adeo quod perpetuo in familia non permanerent, quod esset contra uoluntatem contrahentium, & Regum, & Reginarum, qui, & quæ confraternitates confirmauerunt, & consequenter esset absurdum dicere, quia illud uerbum, perpetuo, denotat, quod possessio feudorum numquam ad alium perueniat, capit. cum uenisset in uersicu. perpetua possessio, de instit. & in l. prima, in uersicu. per continuum triennium. C. de vsur. transfor. eum simili igitur absurdum est etiam dicere, proximiorem recuperare non posse absque precij restitutione, cum euidenter colligatur de mente contrahentium fuisse, quod eo ipso alter ex hæredibus faceret se alienum.

Stante hac conclusione non obstat dicto §. Titius filio, quia dictus §. procedit in alienatione necessaria, & non uoluntaria, & quod hæc responsio sit uera probatur hac consideratione.

Ratio dispositionis dicto §. secundum Iserni. ibi est, quia filius uiuo patre est quasi dominus dicti feudi. arg. l. in suis. ff. de liber. & posth. & §. sui, instit. de hæredit. qualit. & differ. & quasi eadem persona cum patre. l. final. C. de impuber. & al. substitut. & §. ei qui, instit. de inutil. stipulat est enim emptor grauatus in hoc, quia filius reuocat uiuo uenditore, est releuatus in alio, quia recuperat precium quod non recuperat quando post mortem uenditoris reuocatur alienatio, & sic quod in uno grauatur in alio releuatur ut in l. eum qui. ff. de iureiuran. cum simil. unde cum uiuo alienante deberet esse pęnes emptorem in recompensationem, ius feudale determinauit, ut precio restituto emptor feudum uiuo alienante redderet quæ ratio locum habet in alienatione necessaria, cum eo casu reuocatio rei subiectæ restitutioni fiat post mortem alienantis, & ideo in recompensationem emptoris, eum uiuo alienante, feudum restituere teneatur, introductum fuit, vt precium reddatur.

Quæ ratio cessat in alienatione uoluntaria, cum tunc non sit expectanda mors alienantis, sed fideicommissi casus euenit uiuo alienante, & ideo non est necesse emptori in recompensationem precium restituere, cum dominium pœnes proximiorem de familia facta alienatione, sit translatum, & ideo rei uendicatio sibi competit. dicta l. final. §. final. C. com. de leg. nam cum ad filium hoc casu alienationis extra familiam feuda deuoluantur ex prouidentia primorum parentum, non uidetur ęquum, ut ipse teneatur rem suam precio redimere.

62 Secundo dicto §. Titius filio, procedit quan-

quando loquimur simpliciter in feudo ex pacto, & prouidentia, & non quando in feudo illo concurrit ultra prohibitionem legis, prohibitio hominis expressa, seu tacita, & ex illa prohibitione inducitur fideicommissum, quod facta alienatione etiam purificatur, nam tunc secus est, quia cum facta alienatione sit locus fideicommissariæ substitutioni, non est dubium substitutum fideicommissarium posse bona fideicommisso subiecta uendicare absque precij restitutione. l. final. §. final. C. com. de leg. & ibi Doctor. communiter, sed in casu nostro ultra naturam feudorum, concurrit in ipsis feudis Dominorum de Prosapia de San Seuerino prohibitio expræssa, & tacita, per quam inducitur fideicommissum, quod etiam purificatur facta alienatione, ut supra demonstraui sequitur igitur dictũ §. Titius filio, non habere locum in casu nostro, & consequenter posse Excellentissimum Dominum Ducem dicta bona feudalia distracta, & hypothecata recuperare contra tertios possessores absque precij restitutione, non obstante, quod Excellentissimus Princeps eius pater uiuat, prout quando succedit quis in bonis fideicommisso subiectis per prædecessores maioratus tradit Melchior. in tractat. maioratuum, in part. 4. q. 26.

Et ratio est, quia succesor ad particulares alicuius, si non est illius hæres ad æs alienum non tenetur, l. prima, §. si hæres. ff. ad Trebellian. cum non ab ipso, sed ab alijs dictas res habeat.

Sed in casu nostro dictus Excellentissimus Dux non est hæres Excellentissimi Principis cum adhuc uiuat, & feuda non habeat a dicto Principe eius patre, sed a prædecessoribus uirtute fideicommissi, & conuentionum igitur ad debita contracta per dictum Principem hic Excellentissimus Dux non tenetur, sic in specie dicit Molina in tractat. de Hispan. primogenit. in libro primo, capitulo decimo, numero secundo.

63 Tertio & ultimo respondeo, dictum §. Titius filio, procedere in alienatione de iure ualida, & non in alienatione inualida, quia tunc incontinenti datur reuocatio absque precij restitutione. Andr. de Isern. in dicto §. Titius filio, & in §. quod si Titius, & ibi etiam Afflict. Ioann. Cæphal. consilio ducentesimoseptimo, numerp trigesimosecundo, uolumine secundo.

Sed alienatio facta per principem fuit inualida, vt probabo, igitur d. §. Titus filio, in casu nostro locum non habet. Minor probatur hac consideratione.

Cum ordinatum fuerit bona feudalia perpetuo permanete debere in domo, & casata de San Seuerina ex ea ordinatione fuit inducta tacita per dictos paciscentes prohibitio alienationis, quia bona alienari nequeunt, quæ perpetuo familiæ relinquuntur. l. peto. §. frarre. l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de leg. secundo tradit Arius Pinel. in l. prima, C. de bon. mater. in secunda, part. numero quinto, ac etiam expræssa per ipsos paciscentes, & per legem, ex quo ex inductione fideicommissi bona subiecra restitutioni alienari non possũt & in casu nostro concurrit quatruplex prohibitio. Duplex hominis, & duplex legis hominis una expresa, altera tacita legis prima, quia bona subiecta restitutioni, virtute fideicommissi alienari non possunt, secunda, quia feuda, & præcise ex pacto, & prouidentia virture naturæ feudorum alienari non permittuntur. c. primo, de prohib. feud. alien. per F eder.

Ex præfatis prohibitionibus dominium in casu nostro per alienantem in emptorem non fuit translatu m, & ratio est.

64 Quia res prohibita alienari sub pœna, & propter pœnas quis rem prohibitã alienari obligauit, & hypothecauit; nam tunc per pœnam commissam auocabitur res ab emptore per hypothecariam, & ideo dominium in emptorem non transfertur. And. de Isern. & Afflict. in §. sed nec est alia numero decimooctauo, quæ si prima cauſ. benef. admitt. Bartol. in l. nemo paciscendo. ff. de pact. in l. si creditor. §. quæritur, de distract. pign. & in l. qui absenti. §. si quis possessionem. ff. de acq. possess.

65 Item quando is, qui prohibet aliquod ius sibi reseruat in re, quam prohibet alienare, tunc prohibitio impedit dominij translationem. l. creditor. §. final. ff. de distract. pignor. Bartol. Crot. & alij Doctor. in l. filius familias. §. diui, de leg. 1.

Idem Bartol. in l. ea lege. C. de condiction. ob cauſ. in l. si quis ita. §. ea lege. ff. de uerbor. obligation. & in l. qui absenti. §. primo, ff. de acquirend. possession. Imol. & Alexand. in l. qui Romæ. §. cohæredes, de verbor. obligation. & Raphael Fulgoſ. consilio ducentesimodecimotertio.

Sed in casu nostro feuda prohibita alienari fuerunt sub pœna, & propter pœnam feuda prohibita alienari fuerunt obligata, & hypothecata, & paciscentes in ipsis bonis feudalibus ius hypothecæ reseruauerunt, pro obseruatione dictæ confraternitatis, ut euidenter apparet tam per primam, quam per secundam conuentionem, seu confraternitatem, igitur in emptores ipsorum bonorum feudalium non fuit translatum dominium, & maxime est ita concludendum, quia concurrit in casu nostro legis prohibitio, quæ impedit dominij translationem. l. dubium. C. de leg. & l. final. C. de non alienan. Roman. consilio 321. columna final. & Roland. a Valle, consilio trigesimotertio, numer. 24. uolumine primo.

66 Et si opponatur fortasse de regio assensu. Respondeo, in supplicationibus non esse nar ratum de tacita prohibitione alienationis causata ex reciproco fideicommisso, ac etiã de expressa prohibitione translationis, seu in alienas familias, & quod Illustrissimi Proceres disposuerunt in eorum conuentionib. seu confraternitatibus, vt perpetuo in domo, & casata de San Seuerino feuda ipsa permanerent, & sic assensus redditur obreptius, si enim prædicta narrata fuissent, vtique verisimiliter non fuisset præstitus, nam, quando cum prohibitione hominis concurrit prohibitio legis, vt in casu nostro, tunc assensus nõ præstatur, vt dicit Io. Vincent. de Anna. in repet. constit. diuæ memoriæ, num. 46. & 47. cum seqq. & idem est, quando non fuit narratum bona esse subiecta restitutioni virtute fideicommissi; nam si dictum fuisset, utique præstitus non fuisset, vt in casu simili concludit Marian. Freccia in tract. de subfeud. lib. 2. in 16. quæsito.

Et ratio est, quia princeps non potest licite huiusmodi assensus præstare, vt concludit Melchior Palaez in tractat. maiorat. in 4. par. quæst. 1. num. 10. Vnde cum assensus sit obreptitius, ex quo non fuit facta mentio de reciproco fideicommisso, de conuentionib. seu confraternitatibus de testamento, & de confirmatione Regum, & Reginarum, sequitur quod non validat alienationes factas, & quod propterea reddatur obreptitius, probatur etiam.

67 Primo, subreptio enim commissa dicitur, quando non est specificatum illud, quo expresso, Rex id, quod concessit, vtique non concessisset, uel difficilius concessisset. capit. dudum. de elect. c. super litteris, & c. postulasti. extr. de rescript. Ias. in l. 1. num. 2. C. si contra ius vel vtil. public. Menoch. alios allegans in tract. de arbitr. iudic. in casu 201. num. 24. & Dec. cons. 541. num. 19. Sed in casu nostro, quando petitus fuit assensus, si prædicta narrata fuissent, assensus præstitus non fuisset, ut supra dixi, uel cum difficultate, igitur non est dubium assensum esse subreptitium, seu obreptitium.

68 Secundo subreptio fit, quando non fit mẽ tio de iure tertij, uel de dispositione iuris in contrarium facientis. Menoch. in d. casu 201. num. 24. & Crauett. in responso pro republica Sauiliani. num. 124. Sed in casu nostro, quando imperratus fuit regius assensus, non fuit mentio facta de iure Excellentissimi Ducis, & aliorum agnatorum, & de iuris dispositione, quæ in contrarium faciebat, ob maioratum constitutum, ob fideicommissum, & prohibitiones alienationum: igitur assensus redditur subreptitius, & consequenter nullus, & in terminis maioratus per hanc rationem: ita in terminis assensus tenet Melchior Palaez. in d. tractat. maioratuum p. 1. q. 8. sub nu. 1. uers. pro quibus.

Nec obstat opponere ignorantiam prædictarum qualitatum, quia cum dicta qualitas fideicommissi, & uinculationis tam arctissimæ sit clara, & considerabilis a iure, sequitur, quod si non fuit inserta in ipso regio assensu ipse regius assensus dicitur nullus. Crauett. cons. 68. numer. 112. quod secundum ipsum tanto magis procedit, quanto agitur de præiudicio alterius, quia tunc ignorantia, aut simplicitas non excusat. c. constitutus de rescrip. tradunt Felyn. Geminian. Socin. sen. Ruin. & Soc. iun. quos suis locis refert Menoch. in d. casu 201. nu. 27.

Ex prædictis igitur constat alienationes fuisse, & esse inualidas, & ideo in casu nostro non habere locum. §. Titius filio. & consequenter posse Excellentissimum Ducem agere contra terrios possessores pro feudorũ recuperatione, & distractiones, & hypothecas super feudalibus annullare facere absque precij restitutione.

In secundo casu. An de manibus patris reuocare possit, stante facti narratione, concludendum est posse, quæ conclusio probatur lege, & auctoritate.

69 Lege probatur, per text. in l. imperator. ff. ad Trebell. ubi dicitur, quod si pater, qui gratuatus est restituere hæreditatem filio post mortem suam dissipet bona fideicommisso subiecta, cogitur filio restituere pendente conditione.

70 Et hoc habet locum, siue pater sit in dolo ex proposito, siue reipsa, & ideo si efficiatur pauper locum habet, quod ibi dicitur, secundum Bart. per not. per glos. in l. 2. §. quod si in patris. ff. sol. matr. quæ æquiparat patrem effici pauperem, & mori. & idem in d. l. imperator tenet Segura num. 198. cum quibus con currunt Melch. Palaez. in d. tract. maioratuũ part. 4. q. 34. & Molin. in tract. de Hisp. primogenit. lib. 1. c. 18. nu. 12.

Et in d. l. imperator dicitur etiam, quod pater amittit vsumfructum, qui applicatur filio etiam existenti in potestate, & quod patri remanet solũ ius petendi alimenta a filio, quod est uerum secundum Paul. de Castr. & Alex. ibi, si aliunde non potest pater consequi alimenta.

Sufficitque, quod frater partem bonorum alienauerit, uel dissipauerit. Bero. q. 72. in fin. vel vnam rem ex melioribus. Molin. in d. c. 18. nu. 19.

Auctoritate probatur. Nam ita tenent in d. l. imperator. Bart. Paul. de Castr. Alexand. Roma. & Alber. Boer. decis. 61. numero 15. Bero. decis. 61. Octauia. Cachera decis. 178. num. 8. Cœphal. cons. 212. num. 11. & seq. volumine primo. Melch. Palaez. in d. tract. p. 4. q. 34. num. 10. Molin. in d. c. 18. num 4. & Aret. cons. 72. columna quarta, in 5. dubio. uers. si enim aufertur, vbi ait hanc esse communem opinionem.

Stante supradicta conclusione, cum Excellen-

cellentissimus Princeps dissipauerit, & dilapidauerit maiorem partem feudalium, sequitur, quod Excellentissimus Dux poterit omnia feudalia, quæ subiecta restitutioni sunt a manibus patris viuentis reuocare.

Et de dilapidationibus constat ex assertione Excellentissimorum DD. Proregum huius regni, ut clare constat ex scripturis ad me transmissis, quæ regiæ assertiones cum Collaterali consilio plenam fidem faciunt. Capyc. in decis. 166. num. 7. Andre. de Isern. in c. 1. num. 19. qui success. teneantur, & Loffred. cons. 45. & eo magis est vera hæc conclusio, cum super dictis assertionibus fundentur dispositiones. Aym. Crauet. in tract. de antiquitat. temp. p. 1. sect. propositum nostrum. nu. 1. cum seqq.

71 Et si dicatur dictum tex. procedere, quando patet dilapidabat bona mobilia, quia tunc filio non potest esse consultum, & non quando dilapidabat bona immobilia, quia tunc potest esse consultum filio, & si bona immobilia pertinentia ad filium uendantur a patre; nam tunc propter talem culpam non au fertur administratio a patre, quia filio non currit præscriptio, & filio saluus est ingressus aduersus emptores, & possessores bonorum sic concludit Bart. in d. l. imperator. quem ibi sequitur Paul. de Castr. & in l. fin. §. non autẽ. C. de bon. quæ liber. num. 2. Vnde cum agamus in casu nostro de feudalibus, & sic de stabilibus, sequitur, quod præfata conclusio nõ habet locum in nostro casu, cum Excellentissimo Duci sit consultum ex eo, quod mortuo patre, poterit contra emptores, & possessores ipsorum bonorum agere actione rei uendicationis.

Huic obiectioni dupliciter respondeo.

72 Primo, quod d. l. imperator habet locum, quando dilapidabat bona mobilia, ac etiam, quando dissipat immobilia, quæ conclusio auctoritate, & lege probatur.

Auctoritate ita elicitur ex Bart. in l. fin. C. de sent. pass. circa medium, ubi dicitur, quod si pater pateretur domos, & prædia filij, vendi, & distrahi, auferentur bona sibi, & administratio arg. l. fin. §. sin autem in secunda æta te. uers. patre autem uolente. C. de bon. quæ lib. & sic uult habere locum etiam in bonis immobilibus, & hanc uti ueriorem, & æquiorem tenet Alex. in d. l. imperator. & eandem sequitur ibi Paul. de Castr. in lect. Bononiẽs. & eandem sequitur expresse Guglie. de Cug. in auth. idem est. in fin. C. de bonis, quæ liber. Boer. decis. 61. vbi sub num. 21. dicit sic per Senatum illum fuisse decisum. Octauia. Cachera. decis. 178. num. 8. & Molina in dict. tract. de Hip. primogenit. dicto capitulo 18. numero 15.

Lege probatur per d. l. imperator, eam pluribus modis inducendo.

Primo, considerando illa uerba. Hæreditatem restituere,) quæ uerba significant mobilia, & immobilia, cum omnia appellatione hæreditatis comprehendantur, & illa uerba demum posita in illa lege (ne quid in ea pecunia) intelliguntur idest, ne quid in ea hæreditate, vt ibi glos. dicit.

Secundo considerando rationem decisionis, quæ posita est in illis verbis. Nam quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit) hæc ratio quia cautiones non possunt interponi ob patriam potestatem procedit tam in mobilibus quam in bonis immobilibus, & ideo illa decisio in utroque casu locum habere debet. arg. l. a Titio. ff. de verbor. oblig. & l. illud. ff. ad l. aquil. cum vulg.

Tertio & ultimo considerando illa uerba. Sed paternæ reuerentiæ congruum est egen ti forte patri, officio iudicis, ex accessionibus hæreditatis emolumentum præstari) & sic uides quod pater ali debet ex fructibus honorum restitutorum, igitur ex stabilibus, cũ in bonis mobilibus ususfructus non constituatur. §. constituitur. instit. de usufruct.

73 Secundo respondeo nam daro, & non concesso, quod uera Bart. opinio, & sic, quod d. l. imperator procedat in mobilibus, & non in immobilibus, tamen ea declaratur non procedere, quando apparet de manifesto dolo patris, sic in d. l. imperator declarat Paul. de Castr. nam tunc procedit in immobilib. sed in casu nostro constat imprimis de dolo præsumpto, quia omnis alienatio de bonis fideicommisso subiectis præsumitur dolosa, & facta animo illud interuertendi. Paul. de Castr. in l. Titius. num. 1. in fine. ff. ad Trebell. Natta in cons. 115. num. 8. volum. 1. Crauett. in resp. pro genero, in condimento, nu. 53. & Iacob. Menoch. in tract. de arbitr. iudic. lib. 2. in centur. 2. casu. 182. num. 40. Constat etiam de dolo manifesto, quia non obstantibus tot prohibitionibus Illustrissimo Princip: factis per Illustrissimos & Excellentissimos Dominos huius regni Proreges nihilominus uoluit vẽdere, & dilapidare bona, adeo, quod in necessitatem redactus fuit, ut ex scripturis transmissis aperte apparet. Hoc est manifestum signum doli, cum fecerit ea, quæ sibi prohibita fuerunt Bart. in l. dolum. C. de dol. & dolus ex indicijs perspicuis probatur, ut in d. l. habetur, igitur etiam in stabilibus in casu nostro habet locum d. l. imperator, & maxime est uera in materia nostra hæc conclusio, cum feudalia distraxerit in potentes contra quos non detur facilis rei uendicatio, quo casu dicta l. imperator habet etiam locum in stabilibus, ut in fin. d. l. Paul. de Castr. concludit.

Et cum de manu patris accipiat ob dilapidationem dicta feuda. non tenetur ad debita paterna, & ratio est.

Quia succedit in dictis bonis ex causa uinculationis, & sic tam ratione fideicommissi, quam ratione conuentionum, & confraterni-

nita-

hitatum, adeo quod ea non habet a patre, sed ex causa primorum parentum, & ex regijs concessionibus, igitur ad debita paterna non tenetur, cum respectu patris non sit uniuersalis sed singularis successor ex fideicommisso, seu ex conuentione parentum, qui successor ad æs alienum non tenetur, arg. l. 1. §. si hæres. ff. ad Trebel. & in specie in bonis maioratus, ut est in casu nostro, tenet Molina in d. tractatu. lib. 1. cap. 10. num. 29. & in bonis uinculatis, ut est similiter in quæstione nostra, tenet Melchior Palaez in dicto suo tract. par. 4. quæst. 26.

Ex prædictis constat uerum esse Excellentissimum Dominum Ducem bona feudalia posse capere de manu patris, eo uiuente, & non teneri, nec obligatum esse soluere debita per patrem contracta.

Ex resolutione suprascriptorum dubiorũ apparet alienationes factas per præsentẽ Excellentissimum Dominum Bisiniani Principem fuisse, & esse inualidas, nec non Excellentissimum Ducem agere posse contra tertios possessores causam habentes a patre, uiuente patre absque precij restitutione, immo plus dico agere posse contra omnes possessores feudorum alienatorum per alios de Prosapia San Seuerina ex quo omnes alienationes etiam cum assensu regio non obstant ex duobus.

Primo ex defectu nullitatis ob defectum obreptionis, ut supra demonstraui, ac etiam ex hac alia noua consideratione.

Feuda ista alienari non possunt tum ob naturam feudorũ. c. 1. de prohibita feudi alien. per feder. tum ob fideicommissum, nam bona fideicommisso subiecta alienari non possunt. l. fin. §. sin autem. C. com. de leg. & cum ista prohibitione legis in casu nostro concurrit etiam expressa hominum prohibitio, cum tam in conuentionibus, quam in confraternitatibus, quam in regijs confirmationibus

74 prohibeantur dicta feuda alienari, & in alienas transferri familias, cum tacita prohibitione legis, ex quo bona ipsa subiecta sunt fideicommisso, concurrente hac expræssa hominis prohibitione, sequitur quod alienatio fieri non potuit etiam cum regio assensu, & Ratio est.

Quia ubi concurrit duplex prohibitio, una legis, & alia expressa hominis, non potest fieri alienatio etiam in casibus alias a iure permissis. §. sanctissimas, auth. de non alien. secun. nuben. & ideo dixit Bald. in c. 1. §. præterea de capitul. Corrad. quod quando uasallus facit pactum cum domino de non alienãdo, tunc non poterit fieri alienatio etiam in casibus alias a iure permissis, ut pactum aliquid operetur sequitur Alexan. conf. 93. in fin. uolum. 7. Ias. in dicto §. diui. colum. 6. in 2. lectur. Ruin. in consi. 61. colum. fin. uolum. 4. Curt. iun. in tract. feud. in 4. part. quæst. 22. ubi dicit hanc decisionem communem, quã sequitur Neuizan. in conf. 10. numer. 7. & Iacob. de Sanc. Georg. in inuestitura sua in uer. & cum pacto de non alienando in princ. sed in materia feudali cum consensu domini, & sic cũ regio assensu potest fieri alienatio feudorum, & tunc dicitur alienatio a iure permissa igitur, quando cum legis prohibitione concurrit hominis expressa prohibitio, & sic quando ultra prohibitionem in feudis a lege inductam concurrit prohibitio alienationis expresa feudorum, ut est in casu nostro, & maxime, quando concurrit Regalis prohibitio, ut similiter est in nostra quæstione, sequitur, quod dicta feuda alienari prohibita alienari non possunt etiam in casibus permissis, & signanter regio assensu interueniente.

75 Secundo, quia feuda antiqua, & paterna, ex pacto, & prouidentia non possunt per uasallum alienari cum consensu domini in præiudicium agnatorum. Curt. iun. de feud. in 4. parte in ultima particula, in prima reg. col. 3 uers. stat ergo ex præmissis, & hæc est communis opinio, ut testatur Aluarott. in cap. 1. post numerum quartum, uers. oppono ab extra. quemad. feud. ad fœm. pertin. & Clarius post eum Collegium Bononiense inter consilia Curt. sen. cons. 50. num. 21. refert, & sequitur Paris. conf. 17. numer. 16. uolumine primo, nam cum sit ius quæsitum descendentibus ex tenore primæ inuestituræ, merito non potest tolli per aliquem ex successoribus primi inuestiti, & hæc est communis omnium conclusio, ut dicit, Curt. iunior. in conf. 171. num. 5. & hoc est rationabile, ut in huiusmodi feudis, quæ a maioribus suis proueniunt non possit uasallus filiis suis, seu agnatis præiudicare, ex quo ipsi ad feuda ipsa ueniunt non ex facto ipsius patris, sed ex antiquorum suorum prouisione. Andr. de Isern. in capitulo 1. §. quid ergo, de inuestit. de re alie. fact.

Et hæc est ab omnibus approbata conclusio, ut dicunt Socin. iun. in conf. 12. numero primo, uolum. 2. & Iul. Clar. in dicto §. feudum. quæst. 41.

Et filiis conceditur reuocatio, etiam in uita alienantis. Agnatis uero post mortem, ut probatur in capitulo primo. §. Titius filio. si de feud. defun. content. sit inter Domin. & agna. Immo in casu nostro competeret agnatis rei uendicatio etiam uiuente alienante, & ratio est.

Quia ista feuda tam uirtute conuentionum, quam uirtute testamenti Excellentissimi Principis Bernardini sunt fideicommisso subiecta, & fuerunt exprese prohibita aliena ri. Vnde sequitur conclusio, quod, quando ultra tacitam prohibitionem legis adest etiam expressa, tunc bona subiecta fideicommisso statim possunt uendicari alienata non expectata morte grauati. Paul. de Castr. in l. filiusfam. §. diui, colum. 11. uers. interdum res subiectæ.

biectæ. ff. de leg. 1. & in l. qui Romæ. §. cohæredes colum. 1. uers. sed prohibitio expressa. ff. de uerb. oblig. Claud. in d. §. diui num. 12. & ibi Crot. num. 36. uers. tertia sit conclusio, & cons. 144. num. 17. Rip. in d. §. diui, nu. 47. Alex. de Neuo cons. 22. num. 6. Gratus. lib. 2. respons. in resp. 21. num. 34 Zanch. l. hæredes. §. cum ita, num. 405. uers. tertio. ff. ad Trebel. & Soc. cons. 143. num. 11. in fin. uers. ex quo prohibita fuerunt bona expresse. volum. 4. & cum competat rei uendicatio agnatis uti dominis, possunt ipsi dicta bona reuocare absq; precii restitutione.

Et hæc ratio deseruit conclusioni supra firmatæ, quod huic Excellentissimo Duci competit actio reuocandi feuda alienata per patrem etiam uiuente patre absq; precij restitutione, cum dicta sint prohibita alienari per paciscentes, & sint fideicommisso subiecta, & ideo habet actionem rei uendicationis cõtra possessores, seu emptores dictorum feudalium etiam uiuente patre, & cum, uiuente patre, ob alienationes effectus fuerit dominus non est mirum si ea recuperare potest a tertiis possessoribus absque precij restitutione.

Et si opponatur, quod aliqui ascendentes de dicta domo soliti erant alienare quædam bona feudalia fideicommisso supposita, & ideo conuentio illa inter proceres illos facta censeatur interpretata, & bona omnia alienari, & pignorari possint; consuetudo enim inueterata habetur pro pacto expresso, & illius uigore, & non alienabilia possunt alienari. Roland. a Val. consilio 42. circa fin. volumine primo.

Hoc est fundamentum partis, ut ex scripturis ad me transmissis apparet.

Hæc tamen opinio non obstat.

Primo, quia ad inducendam talem consuetudinem debebant actus fieri eo modo, & intentione, ut induceretur consuetudo, ut in c. consuetudo. 1. distinct. Abb. in c. fin. uers. sic. septimo quæritur. de consuet. not. Decius in cons. 215. & cons. 402. & Roland. a Valle. in cons. 2. num. 126. vol. 1. & Bursat. cons. 360. num. 63. uolum. 4.

Secundo isti, qui alienauerunt non potuerunt per pactum præiudicare agnatis, quia agnati ad ipsa feuda ueniunt non ex facto patris, sed antiquorum suorum prouisione, ut dicit Andr. de Isern. in c. 1. §. quid ergo. de inuestit. de re alien. fact. ergo, nec ex consuetudine alienandi Ruin. cons. 156. nu. 15. volum. 4. facit in comprobationem, quia hi tantùm possunt consuetudinem introducere, qui, & statuere Bart. in l. 1. ff. de leg. & Abb. in c. vlt. colum. 6. vers. & est vnum. extr. de consuet. sed isti Illustrissimi Domini, qui alienauerũt non habebant facultatem statuendi, & condendi legem; ergo nec consuetudine aliquid introducere potuerunt. Et quando potuissent, esset necesse, quod consuetudo illa esset tanti temporis, cuius in contrarium non adesset hominum memoria, cum dicta consuetudo habeat causam discontinuam. Rolan. a Valle cons. 2. nu. 120. uol. 1.

77 Tertio, aut pars prætendit istos Dominos de hac Prosapia solitos alienare induxisse cõsuetudinem etiam respectu aliorum dominorum diuersa, & separata feuda possidentium, & hoc non potest stare, quia cum consuetudo sit stricti iuris. Doct. in l. de quibus. ff. de ll. non extenditur de una persona ad aliam, quia consuetudo quantum habet de actu, tantum habet de potentia, & non plus. Secundum Bal. in c. 1. circa fin. qui feud. dar. poss. & dicit Bald. in l. fin. C. com. vtriusque iudic. quod cõsuetudo restringitur per actus

78 ex quibus inducitur, sicut restringuntur præscriptiones, ut proprios facti terminos non excedant. l. 1. §. Iulianus. ff. de itine. actuque priua. & de hoc uidetur esse bonus text. in c. 1. ibi. qui consuetudine non sit compræhensus. ne feud. cognat. ubi Bald. in finalibus uerbis, inquit, quod consuetudo dicitur ciuium tacita conuentio, & ideo sicut pactum non extenditur ad aliam rem, uel personam. l. si unus. §. ante omnia. ff. de pact. ita nec consuetudo.

Aut prætendit consuetudinem hanc prætensam sufficere respectu istorum, qui aliena uerunt in præiudicium agnatorum, & tunc. Aut prętendunt conuentiones interpretationem accipere ab hac consuetudine, aut quod conuentiones, & regiæ confirmationes non sint attendendæ, sed hæc prætensa consuetudo alienãdi in præiudicium agnatorum, quæ consuetudo est attendenda, ut per Camp. in cons. suo 2. col. pen. in fin. inserto in volumine consiliorum Bruni.

79 Si primo casu loquitur, & tunc stare non potest, quia conuentiones claræ non recipiũt interpretationem a consuetudine, & si de ea plene constaret. Natta cons. 318. uolum. 2. uerba enim clara cuiuscumque dispositionis non recipiunt interpretationem a consuetudine, ut de statuto loquitur Dec. cons. 49. & generaliter tradit ultra alios Rolan. a Val. in cons. 79. nu. 55. & seqq. vol. 3.

Si secundo casu loquitur, & tunc cum cõuentiones, & Regiæ confirmationes, quoad alienationes in alienas familias in præiudicium agnatorum, & filiorum, sint contrariæ huic personæ consuetudini, non est dubitandum conuentiones, & regias confirmationes esse obseruanda, & non hanc prætensam consuetudinem.

80 Et quia consuetudo immemorabilis habet uim nouæ inuestituræ, & sic cum concurrat prima inuestitura, & secunda, prima est attendenda. Dec. in cons. 458. & Natta consil. 322. uolum. 2. & in specie, quando adest inuestitura, seu conuentio, & consuetudo contraria, quod tunc attendenda sit inuestitura, & conuentio, & non consuetudo trad. Matthe.

de

de Afflict.in c.1.nu.10. An agn.uel. fil. & sic, quando verba inuestituræ non possunt recipere interpretationem a consuetudine, vt est in casu nostro.

Nec hæc consuetudo, quatenus probaretur est attendenda.

Primo, quia est irrationabilis, videlicet, quod inferiori corrigat legem superioris.iuxta tradita per Rom.in d.cons.218. & ideo nõ tenet.c.fin.de consuetud.c. erit autem lex. 4. distinct.c.mala, & sic esset in casu nostro, quia conuentiones habent vim legis, & confirmationes regiæ similiter habentium legis, ut ex lectura ipsarum apparet, & sic hæc consuetudo corrigeret legem tot Regum, & tantarũ Reginarum, & propterea esset irrationabilis & non ualeret.

82 Secundo per hanc consuetudinem tolleretur ius agnatorum, quod est de reseruatis principi, & ideo non ualet, cùm consuetudo non ualeat circa ea, quæ principi reseruata sunt c.uenientes.de iureiur.

83 Tertiò, quia, qui non potest statuere, non potest consuetudinem inducere. Bart. in d.l. 1.in fin.ff. de leg. & in cons. 136. Capitaneus patrimonii. in fine. Bal.in l.2.colum.2.C. quæ sit longa consuetudo. & Natt. cons. 431. nu. 20. volum.2. Sed dicti Illustrissimi Domini cùm Regem in superiorem recognoscerẽt, non poterant statuere, & maximè in præiudicium agnatorum. cum ipsi non ab ipsis, sed a primis parentibus feuda ipsa habeant, & a Regibus, & Reginis: igitur consuetudine nõ potuerunt aliquid introducere, & eo magis in præiudicium agnatorum.

Et quando, quis statuere non potest non in consuetudine, sed in præscriptione tacere potest fundamentum, quia super illis quis potest consuetudinem introducere, super quibus potest expresse disponere, & statuere, alias diceretur præscriptio: ita Bart. in d.cons. 136. & Aymo. Crau. in tract. de antiq. temp. in 4. p. in sectione. transeo nunc ad quartam partem.num.13. Sed isti Illustrissimi Domini non possunt disponere in ipsis feudalibus, & in præiudicium agnatorum. Iul. Clar. in d. §.feudum.q.41. igitur in præiudicium agnatorum aliquid consuetudine introducere nõ possunt, sed benè præscriptione.

84 Quæ præscriptio huic Excellẽtissimo Duci non potest præiudicare, quia antequam nasceretur, ius agendi sibi non competebat, cũ non esset in rerum natura, & illi non ualenti agere non currit præscriptio. l. 1. in fin. C. de ann.excep. & sic cùm non esset in rerum natura hic Dominus Excellentissimus Dux, nõ potuit currere præscriptio super eo, quod nõ erat actu, nec potentia causatum. Pau. de Castro, cons.392. uisis dubijs, in antiq. & vltra ipsum, ita concludunt Dec. cons.468. num.33. cons.395. & cons.445. Paris. cons.23. nu. 199. vol. 1. & Molina in d. suo tractatu. lib.4. capit. 10. num.3.

Et quod in hac prætensa cõsuetudine pars non possit facere fundamentum quartò, & vltimo probatur hac ratione.

85 Si in lege, uel statuto simpliciter dicatur, non obstante, quacumque consuetudine, in contrarium faciente, hæc clausula habet vim clausulæ derogatoriæ etiam ad consuetudines futuras glos. est sing. in clem. statutum. in uer. consuetudine. de elect. quam refert Bal. in l. de quibus. ff. de leg. Sed in conuentionibus, seu confraternitatibus, & in confirmationibus Regum, & Reginarum adest clausula ipsa non obstante, quacumque consuetudine, & ipse habent vim legis, ut in eis expresse disponitur: igitur ipsa clausula habet uim derogatoriæ etiam ad consuetudines futuras.

Et si dicatur contra glos. illam communiter tenere Bartol. Bald. Angelus, & alios Doct. in l. si mihi, & tibi. §. in legatis. ff. de leg. primo, & Paulus de Castro, & Iaso. in l. de quibus. de leg.

Respondeo, quod expresè in dictis conuentionibus pro ipsis, & eorum hæredibus renunciatum fuit futuris etiam consuetudinibus, ut apparet ex illis uerbis in prima conuentione positis, sed de inuiolabilite obseruando ea omnia, & singula in dicta conuentione expressa, cum clausula, rato manente pacto, in forma, nec non cum renunciationibus omnium iurium, consuetudinum, & cõstitutionum, ac capitulorum Regni, quibus contra promissa aliquis ipsorum uenire posset, quoquomodo de iure, uel de facto, in iudicio, uel extra, quæ uerba respiciunt etiam futurum tempus.

Ex præfatis constat omnes alienationes de feudis factas per Illustrissimos Dominos de Prosapia San Seuerina esse nullas, & inualidas, itaq; feuda hunc Illustrissimum Ducem recuperare posse.

Resolutis omnibus dubiis, quæ discutienda in primo tempore erant. condescendendum est ad secundum tempus, & sic ad alienationes, distractiones, & hypothecas per Illustrissimum præsentem Bisiniani Principẽ factas in bonis feudalibus a die 21. Mensis Oct. anni 1574. usque ad diem 19. Mensis Ianuarij anni 1582. & deinde ad distractiones factas a die 19. Mensis Ianuarij anni 1582. & sic duæ faciendæ sunt conclusiones.

Prima est. In distractionibus, & hypothecis factis per Excellentissimum Nicolaum Bernardinum ad præsens Bisiniani Principẽ a die 21. Mensis Octobris anni 1574. vsque ad diem 19. Mensis Ianuarij anni 1582. in qua concludendum est non ualere.

Pro cuius conclusionis decisione sciẽdum est Illustrissimum, & Excellentissimum Cardinalem Granuela tunc temporis Proregẽ, sub die 21. Mensis Octobris anni 1574 mandasse dicto Excellentissimo Principi, ne absque sua licentia, ad donationes, uel alias dispositiones

positiones suorum bonorum perueniret, ne domus, & familia in hoc Regno tàm principalis annihilaretur, & reuocauit donationes per eum factas.

Qui Illustrissimus D. Cardinalis in eodem anno præfatam prohibitionem renouauit, cum dictus Princeps, non obstante alia prohibitione . ad quasdam alias donationes prosilusset quas ipse D. Prorex annullauit.

Illustrissimus, & Excellentissimus Marchio de Mondesciar. tunc Prorex, sub die 2. Decembris anni 1579. eandem prohibitionẽ renouauit cum assistentia Collateralis consilij annullando omnes donationes, & dispositiones per ipsum Principem factas de anno 1581. die 22. Mensis Nouembris Illustrissimus, & Excellentissimus D. Ioannes de Zunica pariter huius Regni meritissimus Prorex eandem prohibitionem renouauit cum eadem assistentia Collateralis concilij.

86 Stantibus supradictis prohibitionibus, sequitur in iure uerissima conclusio, quod prohibitio de non alienando facta per Iudicẽ impedit dominij translationem. Bart. in l. filiusfamilias. §. diui. ff. de leg. 1. quæ conclusio secundum Imol. & Alexan. ibi, est uerissima, quando prohibitio fit ex causa: ita tenent etiam Petr. & Cyn. in l. fin. C. de pact. inter empt. & vend. Bald. & Salyc. in l. ea lege. C. de cond. ob caus. & late Crot. in d. §. diui, mihi col. 28. uers. quærit etiam Bart. an prohibitio de non alienando.

87 Quæ conclusio tanto magis habet locum quando prohibitio fit per Principem ob iustam causam in fauorem primogeniti capit. grandi. de supplen. negligent prælat. in 6. etiã eo non citato. Ioan. Vincent. de Anna. in alleg. 25. num. 8.

Sed cum in casu nostro prohibitio fuerit facta ex causa, ut ex prohibitionibus factis per Excellentissimos proreges apparet: igitur dictæ prohibitiones impediuerunt domini translationem in emptores, & tanto magis est ita concludendum, cum domini Proreges nomine sacræ, & catholicæ Maiestatis dictas prohibitiones fecerint, & ideò habent uim legis. §. Sed quod principi. instit. de iur. nat. l. quisquis. C. de leg. & l. fin. ff. de constit. princip. cum simil.

Accedat prædictis, quod de anno 1579. die 9. Ianuarij fuit mota lis super dictis feudis fideicommisso subiectis per unum ex illis, qui prætendebat se in eo fideicommisso comprę hensum esse, & fuit lis contestata, & pendente lite, pro parte Excellentissimi Principis, fuit supplicatum Proregi, ut non obstante pendentia litis liceret alienare, qui Prorex cũ assistentia Collateralis concilij decreuit sub his formalibus uerbis. Sacrum Regium concilium super dicto articulo.

An pendente lite, possit procedi ad dictam uenditionem, celerrime de iustitia prouideat, iuxta formam alterius Regiæ decretationis, & interim nihil innouetur.

Ex prædictis apparet etiam alienationes factas inualidas, & penitus nullas esse ex duob.

88 Primo, quia factæ fuerunt lite pendente, quo casu alienationes ipso iure nullæ, & inualidę sunt l. fi. C. de litig. & habetur in const. Regni incip. eorum fraudibus, & ibi Afflict. nu. 13. ac etiam in decis. 296. nu. 10. & late Robert. Lancel. in tract. de attent. in 4. part. numero 456.

89 Quæ res etiam litigiosæ neque etiam pignorari possunt sine uitio litigiosi. l. si filius. §. fin. ff quæ res. pig. oblig. poss. Abb. in cap. 3. ut lit. penden. & Bartol. in l. 1. ff. de litigios. & Afflict. in dict. const. eorum fraudibus numero 12.

90 Et licet pendente lite, iussu, & licentia iudicis bona litigiosa alienari possint. l. diuus in fin. princ. de per. hæred. tamen hoc procedit, quando ex iusta causa iudex consentit, puta, quia res erat tempore peritura, uel alia similis iusta causa subest. l. alienationes. ff. famil. hercisćund. trad. Afflict. in dict. const. eorum fraudibus. nu. 26.

91 Et hinc est, quod si litigatur feudum, & possidens lite pendente, cum assensu regio illud alienat, incidit in uitium litigiosi, in casibus, in quibus Rex assentire non tenetur. Afflict. in d. constit. eorum fraudibus sub nu. 26 in uers. sed quid si litigatur, & Rex assentire tenetur, quando debitum contractum est propter dominum, uel sit onus feudi, puta, ut Dominum adiuuaret, uel pro seruitio faciendo contraxit debitum, uel pro maritanda sorore, uel amita, ad quæ tenetur de feudo, ut in constit. in aliquibus. in aliis uero debitis pro facto feudatarii non tenetur Rex assentire alienationi perpetuæ. Andre. in constit. si quis post litem, & in feudis fideicommisso subiectis similiter Rex assentire non tenetur Melchior Palaez in suo tractat. q. 1. num 10.

Ex prædictis sequitur, quod ob pendentiã litis Excellentissimus Princeps non potuit feuda distrahere, & hypothecare, etiam si interuenisset Regius assensus, cum ad illum præstandum Rex non tenebatur; tum, quia ipsa feuda erãt fideicommisso subiecta; tum quia debita erant contracta, uel uolebat contrahere pro ipsius facto, & non pro causa necessaria, & iusta.

Et licet instantia sit perempta, tamen alienationes factę ea pendente non conualescũt, nec purgant uitium litigiosi. Lancellot. in d. tract. de attent. c. 4. nu. 525.

92 Secundo, quia prouisum fuit nihil fore innouandum, ideò omnia innouata in uendendo, distrahendo, & hypothecando, sunt reuocanda, & annullanda, nam in inhibitione facta, quicquid subsequitur est nullum, & tanquam attentatum reuocandum. Dec. consil. 103. num. 1. & Lancellott. in d. tract. cap. 20. nu. 228.

93 num. 228. & seq. Inhibitio enim superioris habet clausulam decreti irritantis. Lancellot.ubi supra in ampliat.19.quæ conclusio nō solum procedit respectu partis inhibitæ, sed etiam illius, qui a parte inhibita causam habuit. Lancellottus ubi supra in ampliat.20. quæ conclusio hēt locum etiā respectu alte-
94 rius ueri hæredis,& sic decretum de non innouando,iuuat etiam Excellentissimo Duci licet tunc non fuerit natus,ut probatur in l.si hæres.ff.famil.herciscun.per quem tex. Rolan.a Valle in cons.92.num.17.volum.4.dicit, quod sententia lata pro hærede agente contra debitores hæreditarios, prodest quoque aliis hæredibus absentibus, & ibi Iurisconsultus in d.l. dicit, quod uictoria eius, qui putatur esse hæres insolidum, prodest illi, ad quē apparet hæreditatem ex post facto pertinere, & ibi summat Bartol.& potest dici, ut prosit etiam post sententiam nato, ut in d.l. probatur in uerbis illis,idemq; obseruandum si postea natus sit posthumus.

Cum igitur dictum decretum iuuet huic Excellentissimo Duci, non est dubitandum omnia alienata, & hypothecata, per Excellentissimum Principem post hoc decretum fore,& esse nulla,& inualida.

Cum igitur dictæ alienationes ex supradictis causis sint nullæ, & inualidæ ipso iure, certum est filium posse eas reuocare absque precii restitutione,etiam uiuente patre, probatur ex Isernia in c.1.§. Titius, & §. quid si Titius.in tit.si de feud. defun. milit. contenfue.in §.quid si Titius.uers.si uero dicit Isernia,quod si feudatarius alienauit feudum sine domini uoluntate, statim potest reuocare sicut quilibet agnatus,& multo fortius.in d.§. Titius dicit, quod agnatus statim reuocat alienationes, quando alienatio est inualida,& facta sine domini uoluntate & non restituitur precium, quia non est hæres Titij, sed sibi ex pacto, & prouidentia feudum debetur. Ex his elicitur,quod sicut agnatus potest feudum nulliter alienatum reuocare absque precij restitutione uiuente eo, qui alienauit, ita multo fortius filius, cum sibi similiter ex pacto, & prouidentia feudum debeatur.

Secunda est conclusio in distractionibus, & hypothecis per eundem Illustrissimum Principem factis a die 19.Mensis Ianuarij anni 1582.vsque ad præsentem diem,pro cuius resolutione præmittas.

Quod de anno 1582. die 19. Ianuarij Excellentissimus Dominus Ioannes de Zunica huius Regni Prorex nouiter dictas confirmauit prohibitiones,& insuper personam eiusdem Principis ad eosdem actus inhabilitauit,cum clausula decreti,irritantes, mandando,ne probabilis ignorantiæ causa per aliquē allegari possit,quod ex more dicta interdictio,& inhabilitatio publicaretur per loca solita,prout publicata fuit eodem anno,& mense.

Et postea de anno 1588.die 23. Mensis Aprilis præfatum interdictionis ædictum modernus Illustrissimus, & Excellentissimus Prorex D.Ioannes de Zunica Comes Mirandę confirmauit, & ampliauit etiam ad promissionem dotis cuiusdam filiæ naturalis dicti Illustrissimi Principis.

95 Stante hoc pręmisso,sequitur in iure notoria conclusio, quod ille, cui facta est interdictio propter prodigalitatem, non potest se obligare,non potest contrahere,nec alienare l.is cui bonis,& ibi Doct. communiter.ff. de uerb.oblig. tradit Boer. decis.23. num.37. & 38. & in quantum ad alienationem, & obligationem æquiparatur pupillo. l. Iulianus.§. si quis a pupillo.ff.de act.empt.quia imputādum est contrahentibus cum personis prohibitis.

96 Quæ conclusio procedit etiam si in contractu, in alienatione,seu in obligatione per prodigum fuisset iuramētum interpositum; nam adhuc contractus alienatio, & obligatio, non teneret.Bartol.Alex.Ias.& alii Doct. communiter in dict.l.is cui Federic. de Sen. cons.31.Bal.cons.260.in 2.p.Alciat.in c. cùm contingat. de iureiur. & Ripa in d.is cui. ubi in numero 57. ait hanc esse communem opinionem.

Et uti quando contractus nullus fit cum pupillo, non tenetur aliquid restituere, nisi probetur pupillum locupletiorem effectum fuisse. glos.Bart.Bald.Angel.Salycet. & omnes in l. prædiorum. C. de præd. min. Agnel. Fulgos.Roman.& Ias.in l.nam,& postea.§.si minor colum.fin.ff.de iureiuran.Soc.in cons. 115.colum.fin.uolum.1.& late Hippolit.Riminald.in §.fin.num.61.instit.quibus alie. licet. uel. ita in casu nostro pro parte principis non debet aliquid emptoribus restitui, si nō probetur Principem locupletiorem factum fuisse.

97 Omnia enim beneficia concessa pupillis, & minoribus conceduntur prodigis.l.qui neque.ff.de reb.eorum,qui sub tutela. ubi Bal. id specialiter notat.glos.in l.2.C.de curat.fur. quam sequuntur Bal.in c.1. de benefic fratr. Paul.de Castro in l.tutor pupilli. §. prodigus. de iureiuran.Felin.in c.cum non liceat nu.9. de præscript. Imol.in l.imperator.ff. de re iudic.Alex.in d.l.is cui bonis.nu.3. vbi Ias. sub nu.8.ff.de uerb.oblig.

Ex omnibus suprascriptis apparet conuentiones, seu confraternitates inter ipsos Illustrissimos Proceres de Prosapia San Seuerina ualere.Testamentum Illustrissimi Principis Bernardini ualidum esse. Feuda omnia esse ex pacto, & prouidentia, & in eis tam uirtute conuentionum, quam ui testamenti inductum esse perpetuum fideicommissum inter omnes Dominos de dicta familia,& in eo comprehensum esse Excellentissimum Dominum Ducem Principis Bisiniani unigenitum filium.

Posse

Posse ipsum Dominum Ducem feuda distracta, & hypothecata recuperare post mortem patris absque precij restitutione, eademque feuda distracta, & hypothecata etiam uiuente patre posse de manib. tertiorū possessorum reuocare, ac etiam de manibus patris. Et alienationes omnes fuisse, & esse inualidas, & signanter factas a die 21. Mensis Octobris anni 1574. vsque in præsentem diem, & ideo eas absque precii restitutione reuocare posse; ac etiam feuda abalienata ab aliis Illustrissimis Dominis de Prosapia, & familia, & ita iuris esse censeo, & consulo. quod consilium in fidem ueritatis subscripsi, & solitum meum sigillum, quo in his utor apponere feci.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

SVMMARIVM.

1 *Mater, quod prior filio decedat est casui adscribendū.*
2 *Conditio casualis hodie reijcitur, & non annullat testamentum respectu legitimæ.*
3 *Dilatio de legitima reiicitur.*
4 *Filius in legitima per fideicommissum non potest grauari.*
5 *Nullus, & inutilis pacificantur.*
6 *In substitutione facta sub conditione voluntaria non est licita extensio de vno casu ad alium. declara numero 17. 18. 19.*
7 *In substitutione, quando apposita fuit dictio tunc, vel eo casu, tunc ad casum duntaxat expressum præcise porrigitur, & ad alium casum non porrigitur. declara num. 20.*
8 *Medium, quando tollitur, propter, quod attingitur ad extremum, tollitur etiam dispositio in extremo.*
9 *Compendiosa substitutio dicitur, quoties fit sub conditione mortis.*
10 *Conditio mortis dicitur habere tractum successiuum, & multa tempora complectitur.*
11 *Compendiosa substitutio facta maiori continet fideicommissariam, continet etiam vulgarem. nu. 12.*
13 *Substitutio vulgaris sub compendiosa comprahensa, non efficitur caduca, licet institutus uiuo testatore decesserit.*
14 *Qualitas iuncta verbo, intelligi debet secundum tempus verbi, cui iungitur.*
15 *De hærede, quando in dispositione enunciatiuè fit mentio, intelligitur de hærede post aditionē hæreditatis.*
16 *Substitutio in vno casu facta ex uerisimili mente testatoris ad alium casum porrigitur.*
21 *Legitimatus per rescriptum non excludit substitutum sub conditione, si hæres moriatur sine filiis de legitimo matrimonio. amplia nu. 22.*
23 *Filii positi in conditione, quando vocati censeantur, & num. 24.*
Fideicommissarius ius fideicommissi conditionalis transmittit ad suum substitutū. amplia. nu. 26. et 27

Consilium II.

Ante facti figurationem sunt aliqua præmittenda pro faciliori intelligentia.

Pars Secunda.

Primo, quod in Regno Nauarræ solēt multoties fieri testamenta cōia inter coniuges.

Secundo, quod de iure illius regni huiusmodi testamenta communia confirmantur morte unius ex testatorib. ita, ut a superstite in nullo penitus reuocari possit.

Tertio, quod de iure illius regni legitima, quæ suis hæredib. debetur, in mobilib. non excedit florenos decem, & in stabilib. iugera duo terre in Montibus.

Casus.

Petrus de Ayuar, & Maria de Barbarā cōiuges, procreato Piero filio legitimo, & naturali, & ex eo Garzia, & Anna legitimis, & naturalib. nepotib. dum uiuerent cōe fecerunt testamentum, in quo relictis aliquib. legaris, & legitima domino Garziæ, ita ut unum ex prædictis legaris post eorum dies, uel cuiusli bet eorum acciperet: circa alia vero post dies eorum suum instituere hæredem vniuersalē Pierum filium in his uerbis adiectis, vt post eorum dies dictam consequeretur hæreditatem uolentes insuper, quod si dictus Pierus decederet intestatus, eorū hæreditas perueniret ad Garziam nepotem, quo sine filiis legitimis, & ex legitimo matrimonio procreatis decedente, uoluere dictam hæreditatem ad Annā neptem peruenire, ipsamq; grauarunt ne disponere posset de dictis bonis, & hæreditare, nisi in fauorē filii sui primogeniti legitimi, & ex legitimo matrimonio procreati; & decedente tali primogenito sine filiis legitimis, et ex legitimo matrimonio procreatis uocarunt secundumgenitum ex ea ex legitimo matrimonio procreatum, et sic deinceps deficientib. tamen masculis uocarunt dictæ Annæ primogenitum ex legitimo matrimonio procreatum, et ipsius primogenitæ filiū primogenitum similiter ex legitimo matrimonio procreatū, ita, quod hæreditas perueniret de maiori in maiorē ex legitimo matrimonio procreatos, præferendo sēper masculos fœminis, ea conditione adiecta, ꝙ sic successuri insignia, et gentilia domus Ayuar gererent. Quo testamento condito Petrus cōtestator decessit, deinde mortuus est Pierus eius filius condito testamento, et hæreditate relicta libera Garziæ eius filio, superstite adhuc Maria cōiuge Perri, et contestatrice, qua deinde defuncta, decessit Anna soror Garziæ & contestatorū neptis, relicto sibi hærede vniuersali Don Petro Pasquier filio suo primogenito, & ex legitimo matrimonio procreato pronepore dictorum contestatorum, vltimo loco post multos annos decessit Garzia relicta Eluira eius filia spuria legitimata ex priuilegio Catholicæ Maiestatis, quā habuit ex alia fœmina constante matrimonio cum Domina Lucretia eius legitima uxore, eamque sic legitimatam hæredem suam instituit uniuersalem, cum eisdem fere conditionibus, in quibus contestatores primi uocarunt ad successionem Annam eorum neptē

dicti Garziæ sororem. Defuncto Garzia delnita legitimata ex testamento adiit hæreditatem. Don Petrus autem ex fideicommisso in communi testamento contento petit eandē, cum dicat Pierum auum non potuisse disponere superstite Maria contestatrice de dicta hæreditate, quam Petrns, & Maria contestatores post eorum dies voluere Pierum filiū, & hæredem consequi debere, ideoque, quoad bona contestatorum intestatum decessisse, & sic fideicommisso locum fore. Possidēs Eluira negat, dicens fideicommissi conditionem defecisse, cum Pierus Auus condito testamento decessetit.

Quæritur quid iutis.

Viso facto, uisisque testamentis, pro resolutione duo principales sunt considerandi casus.

Primus est respectu bonorum patris.

Secūdus est respectu hęreditatis maternę.

In primo casu pro eius decisione duo alii sunt considerandi casus. Primus est respectu legitimæ. Secundus est respectu aliorum bonorum.

In primo casu Pierus in communi testamento per patrem, & matrem conditio fuit institutus hæres uniuersalis post eorum dies, sub his uerbis, perche l'habbi, & heredite dopò li giorni nostri. hæc verba, aut continent conditionem, aut dilationem; si cōditionem in effectu continent, erit casualis, quia, quod

1 mater priori filio decedat est casui adscribendum. l. hæres meus, & l. quibus diebus §. quidam Titio. ff. de cond. & demonstr. quæ cō-

2 ditio hodie reiicitur, & non annullat testamētum respectu legitimæ. Bal. Ang Salyc. Paul. de Castr. Aret Odofred. & Zuarez. in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. test. Paul. de Cast. & Cor. col. 3. vbi dicit hanc esse communem opinionē in l. si pater. C. instit. & substit. Fernādus Vasquius in tract. success. creat. lib. 1. §. 10. nu. 196. & Iul. Clar. lib. 3. receptarum sent. in §. testamentum q. 39. uers. Sed quæro

3 vbi dicit hanc opinionem magis communē, & ueriorem, & in consulendo, & iudicando ab ea non esse discedendum Si continent dilationem, & sic, quod post mortem patris, sit

4 etiam matris mors expectanda, respectu legitimæ hæc dilatio reiicitur, & pro non apposita habetur. l. scimus. §. cum autem, & ibi Doctot. communiter. C. de inoff. test.

Cum igitur de legitima conditio, & dilatio reiiciatur, sequitur in casu proposito uera conclusio, quod Pierus potuit post mortem patris, non aliter expectata morte matris in eius hæreditate legitimam consequi, & de ea disponere, & testari absque difficultate.

Et ideo respectu legitimæ non est tractandum d e fideicommissaria substitutione in casu proposito ex duplici ratione.

Prima est, quia ea substitutio facta est casu quo Pierus intestatus decederet, & ipse testamentum condidit, & sic cum substitutionis cōditio intestati defecerit, substitutio locum non habet. Alex. cons. 88. uol. 7.

4 Secunda est, quia filius non potest in legitima per fideicommissum grauari. Bart. & alii in l. ex tribus. C. de inoffic. test. Bart. in l. filius matrem. C. eod. tit. & in l. cum ex filio. ff. de uulg. & pup substit. Ias. in l. cohæredi. §. cum filiæ. nu. 8. ff. eo. tit. gloss. & Doct. in l. si pater puellæ. C. de inoff. test. Dec. cons. 81. Roman. cons. 64. & in cons. 185. Rolandus a Valle cōs. 78. num. 2. uolumine primo. Marcus Anton. Natta cons. 68. uol. 1. Paul. de Castr. cōs. 193. uol. 1. Soc. cons. 82. nu. 13. uol. 4. Socin. iunior. cons. 131. num. 4. & 9. uolumine secundo, & in cons. 87. num. 1. & in cons. 112. numero secundo, uolumine tertio, & Gratus in secūdo uolumine, respons. in responso 260. & ratio est, quia fideicommissum dicitur onus d. §. cum filiæ, & de legitima omne onus, & grauamen reiicitur. l. quoniam in prioribus. C. de inoff. test.

In secundo casu respectu aliorum bonorū patris ultra legitimam uiuente matre de bonis patris testari non potuit, cum institutus fuerit hæres post dies eorum, & licet de eis bonis disposuerit, tamen eius dispositio nulla est, cum adhuc non fuerit hæres, & consequenter hæreditatis dominus. Sed an habeat locum substitutio. pro eius resolutione dicas.

Quod Pierus a patre, & a matre in cōmuni testamēto hæres uniuersalis institutus fuit post dies ipsorum, & sic adhoc, ut hæres efficeretur, erat necesse, ut mors utriusque parentis intercederet, quo casu eueniente, testator substitutionem fecit, si Pierus intestatus decederet, ad præsens, mortuo patre, Pierus ex hac uita migrauit, ante mortem tamen matris, quo tempore, cum non esset hæres non potuit testamentum condere, & quatenus illud fecerit, non tenet, & ideò habetur, ac si intestatus decessisset, cum nullus, & inutilis parificentur. Car. in clem. 1. §. penul. de stat. monac. & in clem. 1. de procurat.

Cum igitur substitutio facta fuerit in casum, in quē testari potuisset, & sic post mortem utriusque parentis dubitatur, an extendatur ad hunc casum successum, idest, quia mortuus fuit ante mortem matris licet post patris mortem, quo tempore nō erat hæres, & consequenter de eis bonis testati non poterat, & sic an in hoc casu, casus uoluntatis trahatur ad casum impotentiæ, & quod dicitur de bonis patris, idem concludendum est in bonis maternis, cum matre uiuēte Pierus mortuus fuerit.

In hac conclusione prima facie quilibet diceret extensionem istam non posse de iure fieri, & per consequens non esse locum fideicommissariæ substitutioni, & uetum esse his rationibus demonstrari potest.

6 Prima est. In substitutione facta sub conditione uoluntaria non est licita extensio

sio de uno casu ad alium. Bart. Bald. Paul. de Castr. Alexan. Ruin. & alij Doctor. communiter in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posth. Rip. & Socin. in l. prima, de vulg. & pupill. substit. Socin. cons. 140. sub numer. 9. uolum. 1. Rnin. cons. 4 num. 4. uolum. 5. Roland. a Valle in cons. 57. num. 55. uolum. 3. & Marcus Antonius Natta cons. 678. uolum. 3. & ratio est quia testator uidetur considerasse modum implendi, & non effectum, & ideo tunc conditio debet adimpleri in forma specifica l. qui hæredi, & l. Mæuius. ff. de condit. & demonstr. sed in casu nostro conditio substitutionis apposita pro testatores fuit uoluntaria, idest si Pietrus absque eo, quod faceret testamentum decessisset, & sic substitutio facta fuit post mortem utriusque parentis, & postquam hæres euasisset, intestatus mortuus fuisset, igitur hæc substitutio non extenditur ad hunc casum nostrum, cū ante mortem utriusque parentis, decesserit, & antequam hæres euasissent, & sic antequā testari de dictis bonis potuisset.

7 Secunda est, quando in casu expresso substitutionis apposita fuit dictio, tunc, uel eo casu, substitutio tunc ad casum dumtaxat expressum præcise porrigitur, & non porrigitur ad alium casum. Dec. cons. 63. numer. 2. in cons. 315. num. 2. & cons. 332. num. 1. Petr. de Ancharan. cons. 356. Roman. cons. 131. & in cons. 138. Socin. iun. cons. 181. numer. 6. uolumine secundo, Socin. cons. 259. colum. 3. uersicu. confirmantur præmissa, uolumine secundo, Dec. in l. quamuis, colum. 2. C. de impub. & al subst. & Natta d. cons. 678. sed in casu nostro in substitutione pro contestatores apposita fuit dictio, eo casu, igitur ea substitutio ad casum duntaxat expressum præcise restringitur, idest, si tempore, quo poterat testari de dictis bonis, quod fuisset si Pierus post mortem utriusque parentis ex hac uita migrasset, intestatus decessisset, & non ad casum, quando non poterat testari, ex quo ante mortem vtriusque parentis mortuus fuerit, & antequam hæres fuerit effectus.

Tertia est. Substitutio facta fuit sub his verbis che in casu, quod Deus auertat, detto Pieris de Ayuarra nostro figliuolo, & herede moresse senza ordinare ne fare testamento, &c. verba enim ista referuntur ad morientem, vnde proprie intelliguntur in casu, in quo poterat testari, & non quando testamentum condere non poterat, vt tradit Alexan. in l. generaliter. C. de institut. et substit. Ias. in d. §. et quid si tantum. numer. 30. Gozzadin. consil. 35. col. pen. versic. ad septimum, & Soc. in l. qui duos in 1. not. ff. de reb. dub. sed in casu nostro, cū decesserit Pierus ante mortem matris, & sic tempore, quo non poterat testari sequitur, quod uerba testamēti ad hunc casum non porriguntur, & per consequens non effectus fuit casus substitutionis.

Quarta, & vltima ratio est. Institutio de Piero facta fuit effecta caduca, ex eo, quia decessit uiua matre, & etiam ante mortem vtriusque parentis, igitur non est locis sequenti substituto, vt concludit Ang. in l qui habebat. ff. de vulg. & pup. ubi etiam per illum per text. not. quod quando tollitur medium, propter quod attingitur ad extremum, tollitur dispositio etiam in extremo, et ibi Imol. dicit etiam, quod destructo medio per quod necessario peruenitur ad finem destruitur, et ipse finis, idem tenet Paul. de Castr. cons. 152. præsens dubium uidetur formaui, & decidi, columna prima, volumine primo, Alexan. consilio primo, uolumine primo, Corn. cons. 199. volum 2. Roman. in l. quandiu l. ultima, columna septima, ff. de acq. hæredit. Rolan. a Valle, consil. 57. sub numer. 55. uersicu. non obstat etiam, volum. 3. Ruin. cons. 135. & Marc. Anton. Natta, consilio 678. sub numer. 17. uersicu. Non obstat etiam, volum. 3.

8

His rationibus in contrarium adductis non obstantib. concludendum est in substitutionem locum habuisse in personam Garziæ, & hoc verum esse sic apertissime demonstratur.

Testantes hæc uerba præcisa in communi testamento posuerunt, tuttauia uolemo, & ci piace, che in casu, quod Deus auertat, che il detto Pieres de Ayuarra nostro figlio, & herede morisse senza ordinare, ne fare testamento, che li detti beni di nostra hæredità a lui lasciati, quelli habbi da hereditare, & da hauere, & che peruenghino al nostro Nipote Garzia d'Ayuarra figlio del detto Pieres de Ayuarra nostro figlio, &c.

9 Hæc uerba continent compendiosam substitutionem, cum compendiosa dicatur quotiescunque fit sub conditione mortis, vt est glos. magna in l. in testamento. C. de testam. milit. ibi si Lucius decesserit, quam ad hoc ibi notant Fulgos. Paul. de Castr. & alij, nam cum quis semper mori possit. l. 1. ff. de cond. & demonstr. conditio mortis dicitur habere tractum successiuum, & multa tempora

10 complectitur, probatur etiam in l. Centurio. ff. de vulg. & pup. in l. precibus. C. de impub. & substit. & in l. generaliter. C. de instit. & substi. sub cond. fact.

11 Hæc igitur compendiosa substitutio, cum fuerit facta maiori, continet fideicommissariam Doctores uno ore in d. l. centurio, & in d. l. precibus. Marian. Socin. consil. 181. num. 27. uolumine primo. & consil. 106. num. 27. eod. uol. 2. Continet etiam uulgarem substitutionem. Bart. nu. 32. Alex. nu. 93. Ias. num. 23. Socin. num. 33. Rip. num. 146. Lanfrancus

12 de Oriano num. 22. & alij communiter in d. l. centurio. Bartol. num 10. Bald. colum. fin. Io. de Imol. num. 3. Paul. de Castr. num. 7. Aret. colum. pen. & Angel. num. 8. in l. quandiu la 2. ff. de acq. hæred. Aymo. Crauet. consil. 283. Marc. Anto. Natt. consil. 247. uol. 2. Fernandus

dus Vasquius in tract. de successionum crea tione lib. 2. §. 11. nu. 27. & ego late dixi in meo tractatu substitutionum. in p. 4. in c. 2. num. 2. & hæc est communis, & recepta scribētium sententia.

Cum igitur præfata compendiosa substitutio comprǣhēdat uulgarem substitutionem certum est, quod ea uulgaris locum habet, siue Pierus hæres institutus noluerit esse hæres, siue non potuerit, ut quia exclusus fuerit, uel morte, uel alio, quo uis modo, ut spes non sit amplius eum hæreditatem aditurū. Doct. communiter in d. l. 1. ff. de uulg. & pupill. sub. & ego tractaui in 1. parte mei tractatus substitutionum. c. 4.

Ex quo sub dicta compendiosa substitutione comprǣhenditur substitutio uulgaris cōcludendum est illa uerba, che in caso, quod Deus auertat, che il detto Pieres d'Ayuarra nostro figlio, & herede morisse senza ordinare, ne fare testamento, intelligi debere si noluerit ordinare, nec facere testamentum post hæreditatem aditam, quo casu continebit ea compendiosa fideicommissariam; uel si noluerit ante hæreditatem aditam, uel nō potuerit ordinare, uel facere testamentum, quia mortuus fuerit uiuo testatore, quibus casibus ea substitutio compendiosa continebit uulgarem substitutionem, & hæc est uera interpretatio, pro qua faciunt dicta per Socin. iun. consilio quadragesimosecundo, sub nu. 16. uol. 1.

13 Quæ substitutio uulgaris sub compendiosa comprǣhensa, & contenta non efficitur caduca, licet institutus uiuo testatore decesserit. Bart. in consilio trigesimoseptimo, consilio trigesimooctauo, & consilio quadragesimo. vol. 1. Bal. cons. 151. cons. 441. uolum. 4. cons. 170. & cons. 148. uol. 5. Alex. cons. 162. & cons. 188. uol. 2. Corn. cons. 297. uol. 1. consil. 199. uol. 2. cons. 236. & cons. 298. uolu. 3. Dec. cons. 227. & cons. 427. & Soc. iun. cons. 42. vol. 1. & ego dixi in tractatu meo substitutionum in 4 p. c. 14. nu. 27. quæ conclusio probatur in l. unica, in §. primo. & in §. pro secundo. C. de cad. tollen.

Et si dicatur, quod hæc compendiosa in casu isto non potest continere uulgarem, quia illa uerba, nostro figlio, & herede morisse, significant, aditionem hæreditatis, & sic hæredem effectum fuisse, quod probatur ex duobus.

14 Primo, qualitas iuncta uerbo debet intelligi secundum tempus illius uerbi, cui iungitur l. in delictis. §. si extraneus. ff. de nox l. Titius. ff. de test. milit. & l. ex facto. §. si quis autem. ff. ad Trebel. sed uerba illa, nostro figlio, & hærede iunguntur illi uerbo, morisse, ergo oportet, quod filius hæres moriatur.

Secundo probatur per notata per Bart. in l. gerit. ff. de acq. hæred. circa 3. col. uers. circa 111. uidelicet qualiter ista uoluntas probetur per uerba enunciatiua, ubi uult, quod etiam

15 quando in dispositione fit mentio etiam enunciatiue de hærede, intelligitur de herede per aditionem hæreditatis, ut notat Bald. in l. potuit. C. de iure delib. igitur illa uerba testamenti, nostro figlio, & herede morisse, intelligun tur de hærede per aditionem.

Huic considerationi respondetur dupliciter.

Primo, illud uerbum, morisse, non refertur ad illud uerbum, herede, sed ad subsequētia uerba, senza ordinare, ne fare testamento, & ideo cum dicta uerba intelligi possint fideicōmissarie, & uulgariter, sequitur, quod illud uerbum, herede, intelligi potest de hærede per aditionem, & de hærede instituto absque aditione, ad hoc, ut sub compendiosa contineatur fideicommissaria, & uulgaris, cum facta fuerit per uerbum moriatur, quod est commune, & de sua propria natura continet fideicommissariam, & uulgarem. Doctores uno ore in d. l. centurio. & in d. l. precibus, & in terminis nostris Marianus, Socinus, Iunior in consilio 94. numero 26. & 27. uolumine primo.

Secundo, & ultimo respondetur, quod dato, & non concesso, quod illa uerba nostro figlio, & herede, significarent aditionem hæreditatis, tamen de mente contestatorum sub ea compendiosa continetur uulgaris substitutio, quod probo hac ratione. Substitutio dicitur subsidiaria dispositio, quæ eo pertinet, ut testamentum facilius, meliusq; sustineatur, ut in princ. inst. de uulg. testatoresq; plures substitutionum gradus ideo facere intelliguntur, quo magis in reliquum supremæ eorum uoluntates conseruentur, ut docet Iustinianus imperator in l. unica in princ. C. de caduc. tollen. unde fit non solum, ut post repudiationem instituti, substitutus admittatur, sed etiam, ut institutus, quandoque ad confirmationem testamenti adire compellatur, ut in l. 1. in princ. ibi, quo magis in reliquum, & in l. qua poterat. ff. ad Trebell. quare cum mēs testatoris eo pertineat, ut per plures substitutionum gradus facilius testamentū conseruetur, consentaneum est, ut quocumque tempore institutus decesserit, statim substitutus admittatur, ut per hoc testantis dispositio conseruetur, & quemadmodum sub pupillari, expressa, ex præsumpta mēte testatoris uulgaris continetur. d. l. iam hoc iure: ita etiam concludendum est ex præsumpta mente testatoris uulgarem sub compendiosa ista comprǣhendi.

Confirmatur hæc conclusio hac alia consideratione. Contestatores in eorum communi testamento ordinauerunt plures gradus substitutionum pro agnatione conseruanda, & ideo substituerunt primo loco Garziam eorum nepotem, & si sine filijs ex legitimo matrimonio procreatis decesserit, secūdo loco substituerunt dominā Annam neptem, & sororē dicti Garziæ, cū conditione, quod de dictis

dictis bonis non potuisset disponere nisi in filium maiorem,cui morienti sine filijs ex legitimo matrimonio uoluerunt ut succederet secundo genitus, & huic decedenti sine filijs succedere voluerunt tertium genitum, ita quod hæreditas per veniret de maiori in maiorem, præferendo semper masculos fœminis, cum conditione , quod successurus debeat facere arma , & habere cognomen domus de Ayuar. & sic contestatores primo loco in substitutione considerauerunt conseruationem propriæ agnationis,secundo loco,licet fœminam substituerit, tamen per lineam ipsam similiter voluerunt ut eorum agnatio conseruaretur eo modo , quo fieri posset, idest, ut successurus cognomen domus de Ayuar haberet , & faceret similiter eiusdem domus insignia, apparet igitur manifestè plures gradus substitionum per contestatores factos fuisse ratione agnationis cōseruandæ pro qua conclusione faciunt dicta per Soc.iun.consf.181.num.36.cum seqq. volumine secundo.

Hoc stante , dato, & non concesso, quod uerba illa nostro figlio , & herede , intelligerentur de hærede per aditionem,& sic substitutio facta fuisset postquam parentes fuissēt mortui,& Pierus hæres hæreditatem adiuisset, & intestatus decessisset, tamen hæc substitutio extendi debet ad hunc casum , in quo post mortem patris ante mortem matris decessit, & in quo casu hæres per aditionem effectus non fuit,adeò,quod propterea testari non poterat , & sic casus uoluntatis extenditur ad casum impotentiæ , & hoc ex uerisimili mente disponentium, quia, ut in eo casu substituerunt ratione agnationis cōseruandæ,ita etiam uerisimile est,quod substituissent hoc casu , si cogitassent propter idēntitatē rationis,& ideo habetur ac si dispositum fuisset.arg.l.tale pactum.§.fin.de pact.

16 Ratio est,quia licet substitutio in vno casu tantum reperiatur expressa, tamen ex uerisimili mente testantis trahitur ad alium, si in eo idem responsum a testatore expectaretur Franc.Curt.consf.75. D. Ludo. Lotharius in 3.colum.in uers.& istud comprobo,ubi allegat text. aureum in l. Lucius. §. Titius.ff. de lib. & posth. ubi ponunt hoc Bart. Paulus de Castr. & alii, & idem dixit in consilio quinquagesimoprimo, col. 12. uers. sed hoc non obstante,& idem tenet Fulgos.consf.15. Cuman. consf. 121. Gerardus quondam. & Marian.Soc.iun.consf.42.num.21.cum seqq.uol. 1. Sed certissimum est, quod contestatores nostri,si de casu,qui contigit,fuissent interrogati,& eum euentutum cogitassent, utique respondissent, ipsos uelle Garziam admitti, & eo sine filiis decedente, Annam,& filium deinde primogenitum Annæ , & ita fieri debere ordinassent , cum ratio agnationis conseruandæ in filio, & ratio conseruationis cognominis domus in filiis Annæ, & sic similitet fauore agnationis propter honorem familiæ de Ayuar , uti procoderet , in casu, quādo Pierus decederet post mortem vtriusque parentis, & post aditionem hæreditatis, ita etiam procedit, & locum habet in casu, quando decederet prout decessit, post mortem patris,ante mortem matris , & sic antequam hæreditatem adire potuisset , igitur in nostro casu hæc extensio de iure est permissa , & hæc est firmissima , & tutissima ratio .

Hac conclusione firma manente, non obstant rationes in contrarium adductæ.

17 Et prima ratio non obstat,quia ea nō procedit, quando sub compendiosa compræhenditur uulgaris , nam tunc licet testator loquatur in uno casu , tamen extenditur ad alium casum necessarium , & qui fit de casibus necessarius ad substitutionem uulgarem,uel ad eius effectum. dict.l. Gallus.§. & quid si tantum de lib. & posth. tradit Alex. in consf.1.sub numero vndecimo,uers.& posito.uol.1.

Sed in casu nostro sub compendiosa comprænenditur vulgaris , ergo licet loquantur contestatores in vno casu , tamen eius verba extenduntur ad casum necessarium uulgaris substitutionis.

18 Item non obstat, quia ea procedit in conditione merè uoluntaria , & quando nō fuit consideratus effectus: secus verò est,quando effectus consideratus existit. Item quando constat de contraria testatoris uoluntate, ut declarat Socin. in d. §.& quid si tantùm in ult.not.quem sequitur Marian.Soc.iun.in dicto consilio quadragesimosecundo, sub numero vigesimoquinto , uersic. tamen illud non procedit.

Sed in casu nostro per contestatores fuit consideratus effectus, idest ratio agnationis, & familiæ conseruādæ, in quo casu dicitur effectus in conditione considerari. Soc. iun. in d.consf.42.& in consf.181.nu.36.uol.2.& constat de mente testatorum saltim præsumpta uelle sub compendiosa illa uulgarem comprænendi,ultra, quod de iure comprehendatur,igitur extensio permittitur.

19 Immo,quando per testatorem consideratur effectus, conditio non dicitur uoluntaria sed necessaria, quoties enim principaliter cōsideratur effectus,prout in casu nostro fuit,si ad eum effectum ponitur una conditio,licèt alias per se illa conditio sit uoluntaria, tamen quantum ad propositum nostrum debet dici necessaria in qua non consideratur omnimodo necessitas,sed utrum sit unum de necessariis saltim alternatiue , ad effectum per testatorem consideratum,ita in similibus terminis declarat Corn.cōsf.276.uol.3. quem refert,& sequitur Soc.iun.d.consf.42 sub num. 25.vnde cum dicatur cōditio necessaria, permissa est extensio de uno casu ad alium. Bartolus, & alii Doct. communiter in dicto §.

&c quid si tantum, & ita in terminis concludit Socin. iun. in dicto consilio 42. sub dicto numero 25.

Non obstat secunda ratio, quia illa uerba, & casu, referuntur ad illa uerba morisse senza ordinare, ne fare testamento, quæ intelligi possunt, & debent tam ex defectu uoluntatis, quam ex defectu impotentiæ, cum per contestatores facta fuerit compendiosa substitutio, sub qua de proprietate verborum, 20 quam de præsumpta testatoris voluntate cōpræhenditur etiam uulgaris, ut supra late deduxi, pręterea ea conclusio procedit, quando dictio taxatiua ponitur respectu substitutionis, & ita loquuntur Doctores, & non quando ponitur respectu hęredis instituti, ut est in casu nostro, nam tunc non prohibetur extensio in substitutionibus.

Nec tertia ratio obstat, quia præfati Doctores loquuntur, quando testator loquitur de uerbo intestato, cum intestatus proprie dicatur, qui testamentum condere potest, & non quando loquitur sub aliquibus uerbis, quæ significant, & casum, quando, quis potest cōdere testamentum, & quando non potest condere, nam tunc secus est, ut est in casu nostro, cum uerba illa senza ordinare, ne fare testamento, possint intelligi, & quando non potest. præterea intestatus dicitur, qui potest condere testamentum, & non, qui non potest condere, ut quia est infans, uel alio respectu, per quem omnino, quis testari prohibetur, at secus est si testatori potest, licet de non eis bonis, quia ipse etiam proprie intestatus dicitur, cum de suis bonis testari potuisset, ut est in casu nostro; nam licèt Pierus non potuerit testari de bonis parentum, tamen de legitima, & de reliquis suis bonis testari potuit, & cum substitutio illa sit compendiosa compræhendatur uulgaris, sequitur, quod illa uerba posita per contestatores intelligantur de mente ipsorum, & si non uult, & si nō potest condere testamentum.

Non obstat quarta, & vltima ratio, quia ea locum habet in fideicommissaria substitutione, quæ requirit aditionem hęreditatis, & hoc casu loquuntur Doctores allegati in dicta quarta ratione, & non habet locum in dicta substitutione uulgari, quia ea compræhensa sub compendiosa non efficitur caduca, licet institutus uiuo testatore decesserit, ut supra dixi.

Ex prædictis apparet in casu nostro vulgarem substitutionem locum habuisse in personam Garziæ, & eam caducam effectum non fuisse.

Hac conclusione stante, pro decisione eius de quo quæritur, cum Garzia mortuus fuerit relicta Eluira eius filia legitimata ex priuilegio Catholicæ Maiestatis, & cum Anna substituta mortua fuerit ante mortem Garziæ, & sic antequam substitutionis conditio aduenisset. de duobus dubitare contingit.

Et primò, an Eluira legitimata excludat substitutum.

Secundo an si non excludit, cum fuerit effecta caduca substitutio in personam Annæ ob eius mortem, ante mortem primo loco substituti, fideicommissum deuoluatur ad primogenitum Annæ.

21 In primo dubio, concludas Eluiram legitimatam ex rescripto Catholicæ Maiestatis non excludere substitutos, quia Garziæ fuit facta substitutio, si moriretur sine filijs de legitimo matrimonio, quo casu legitimatus per rescriptum principis substitutum nō excludit, quam opinionem tenet Bald. in l. Gallus. §. si eius, in fine. ff. de lib. & posth. Paul. de Castr. in l. fin. num. 6. C. de his qui ven. ætat. impetr. Barb. in d. l. cum acutissimi numer. 279. C. de fideicomm. Alex. in l. generaliter. cum autem, versic. quid si aliquis. C. de instit. & substit. Imol. in l. ex facto. §. si quis rogatus. ff. ad Trebell. Aret. in l. ex facto, num. 12. ff. de vulg. & pupill. Io. Delect. in tract. de art. testan. titu. 15. num. 3. Alex. cons. 2. num. 13. volum. 1. & in cons. 172. num. 2. volum. 7. Bertran. cons. 213. num. 6. & 7. volum. 2. Bero. cons. 180. numer. 16. volum. 2. Dec. cons. 155. num. 7. & cons. 425. num. 4. Grat. cons. 65. nu. 6. volum. 1. Ruin. cons. 80. num. 7. & 8. & consilio 95. num. 7. volum. 3. Paris. cons. 9. numer. 45. & cons. 12. num. 147. volum. 2. Curt. iun. cons. 64. num. 12. Socin. iun. cons. 63. num. 16. cons. 110. num. 25. & cons. 145. num. 39. uol. 3. cons. 82. num. 16. & 17. volum. 4. & in consil. 65. num. 2. volum. 2. Crot. cons. 113. numer. 2. Natta, cons. 602. num. 10. & cons. 624. volum. 3. Neuizan. cons. 99. num. 25. & Cęphal. cons. 111. num. 6. & cons. 66. num. 14. & consil. 82. num. 19. volum. 1. & hæc est communis, & recepta scribentium sententia.

Quæ procedit etiam quando princeps in legitimatione dixisset, quod volebat talem filium compræhendi sub omni dispositione testamentaria. Grat. cons. 65. num. 2. volum. 1. Socin. iun. cons. 65. num. 1. & per totum, & Cęphal. cons. 66. num. 10. volum. 1. & ego dixi in tract. meo substitutionum in parte 4. c. 7. num. 54. immo princeps non potest derogare fideicommisso, quia non agitur tantum de auferendo ius suum fideicommissario, sed de euertenda uoluntate testatoris. Dec. cons. 357. num. 3.

In secundo dubio, pro eius resolutione scias quod primogenitus intelligitur Annæ fideicommissariæ substitutus, tum quia Anna substituta fuit cum conditione, quod ipsa non possit disponere de bonis hæreditarijs nisi in filium primogenitum ex legitimo matrimonio procreatum, quæ uerba non est dubium inducere fideicommissum in personā primogeniti, tum quia dicto primogenito decedenti sine filijs ex legitimo matrimonio fuit facta substitutio de secundo genito, quæ substitutio nullius esset momenti, nisi etiam pri-

primogenitus vocatus censeretur, quia quē non honoro grauare non possum.l.ab eo. C. de fideicom. & l. si sic.ff. de leg.3.& ideo ne tale inconueniens sequatur, cum semper facienda sit interpretatio vt valeat actus .l.3.ff. te te sta.milit.& l.quoties.ff.reb. dub. concludendum est ipsum primogenitum fuisse fideicommissarie substitutum, tum etiā quia per illa uerba, & in caso che la detta Anna Gutierres nostra nipote nō haueffe figli maschi,& c.inducitur in personam primogeniti fideicommissum,quia licet filij positi in con
23 ditione non censeantur positi in dispositione, quando tamen testator vltra cōditionem liberorum adiecit etiam qualitatem masculorum,tunc filij masculi ad fideicommissum uocati censentur. Curt. iun. consf.43.num.7. & cons.48.& cons.87.& Boer. decis. 155. nu. 25.& 28. quæ conclusio in casu nostro est uerissima, cum testator sub eadem conditione liberorum ad plures gradus substitutionum
24 digressus fuerit quo casu filij in conditione positi censentur positi in dispositione, & per fideicommissum vocati. Petr. de Anch. in cons.70. cuius opinio est verior, & communis, & magis communis, vt ego late demonstraui in meo tract.substitut.in part.4. in cap. 11.numer.27. Tum & quarto,& vltimo,quia per ea uerba, & cosi uada successiue la nostra hæredità,& beni da maggiore,in maggiore, & in figli legitimi, & di legitimo matrimonio procreati, præferendo sempre il maschio alla femina,non est dubium omnes filios maiores Garziæ, & Annæ, & aliorum substitutorum fuisse substitutos,& ad ipsam hæreditatem vocatos.

Hæc igitur conclusio,filium primogenitū Annæ fuisse per substitutionem a contestatoribus uocatum,est verissima, & indubitata,vt etiam ex alijs uerbis in testamento appositis apertissime constat.

Stante hac conclusione clarissima,concludas hæreditatem, seu fideicommissum per venire debere In primogenitum Annæ,licet Anna mortua fuerit, antequam decederet Garzia primo loco substitutus, & sic qnamuis substitutio de Anna caduca effecta fuerit.

Ratio est,quia per illa uerba, & se il detto Garzia d'Ayuarra nostro nipote morisse prima d'hauer figli di legitimo matrimonio, in tal caso uolemo, che li beni di nostra hæredità habbiano à peruenire,& peruengano,& li hæredita la detta Anna Gutierres nostra nipote,inducitur compendiosa substitutio, quæ continet fideicommissariam, cum per dictum Garziam fuerit habita hæreditas contestatorum. Hæc igitur substitutio cum per mortem Annæ ante mortem Garziæ fuerit effecta caduca,remanet tamen pœnes Garziam hoc onere restituendi primogenito Annæ substituto similiter fideicommissariè ipsam hæreditatem l. 1.§.pro secundo. C. de caduc.tollen. & ita tenet Bart. in l. quamdiu l.vltima.ff.de acq.hæredit. quem sequuntur ibi Doct.omnes,& præsertim Aret.Bald. cons.279. Factum tale proponitur. volum.1. & cons.81. quamuis primus substitutus. uol. 4.Paul.de Castr. cons.423. uidetur,quod filii D.Dominicæ uolum.1.Curt.sen.consilio 52. uolum.1.Iasf.cons.148.& cons.203. uolum.2. Bertrand.consilio 365.uolum.1.& cons.174. uolum.3.Dec.cons.227. & cons.237.& cons. 318. Curt. iun. cons.83. Bartholom. Cassan. cons.14.& Socin.iun.cons.181.num.46. uol. 2.ubi de mente Doctorum ait hanc esse communem, & ueram opinionem, & ab ea uelle recedere temerarium esset,& ita ego etiam dixi in 4.parte mei tract. substit.capitulo 14.numero 20.

25 Et ideo est, quod fideicommissarius ius fideicommissi conditionalis transmittit ad suum substitutum, secundum Bart. in l. qui habebat.uer.oppo. certum est.ff.de uulg. & pup.per d.l.unicam.§.sin autem sub conditione.C.de caduc.toll. quem refert,& sequitur Ruin.consilio 94.num. 10.uolumine secundo, quæ conclusio uerissima est in casu nostro,& ratio est.

26 Quia ius fideicōmissi conditionalis transmittitur ad filium, quando uerisimile est testatorem ita uoluisse, & ita disposuisse, si de hoc interrogatus fuisset. Ias.in cons.233. uol. 2.& Grat. cons. 101.num.8. uolum.2. prout est in casu nostro, cum appareat omnino cōtestatores uoluisse, ut eorum hæreditas proficisceretur ad Garziam, & eius filios, & in defectum filiorum ad Annam, & eius filios, ut patet ex illis uerbis, & in casu, che tutti li sopranominati nostri figli, nipoti,& sobrino, & altri sopranominati mancassero, uolemo, & ci piace, che detti nostri beni, & heredità peruengano, & li habbia Giouanni de Ayuarra.

27 Item transmittitur, quando testator uoluit prouidere cōseruationi agnationis Dec. cons.574.Iasf.cons.233.uolum.2. & cons.154. uolum.4.Ruin.cons.156.cons.179. & consil. 201.uolum.2.Paris.cons.5. num.18.& cons. 65.num.77.uolum.3.Curt.sen.consilio 76.& Grat.cons.101.num.2.uolum.2. prout est in casu nostro,cum contestatores omnes substitutiones fecerint causa conseruandi agnationem,ut clare patet ex uerbis testamenti. Et ratio huius conclusionis est,quia uti contestatores prætulerunt ratione agnationis conseruandæ masculos fœminis, ita censentur eorum filios prætulisse, & uti dicta ratio locum habet in masculis filiis, ita etiam in nepotib. & ideo uti dictum fideicommissum eueniēte conditione est filiorum masculorum, ita eis mortuis iure transmissionis debet esse nepotum, cum illud debeat haberi pro expresso, ex quo contestatores uerisimiliter disposuissent,si de isto interrogati fuissent,ut probatur in l.Titius.§.primo.ff.de lib.& posthu. quia in omnib. eadem ratio agnationis conser-

seruandæ militat, ad quam contestatores habuerunt respectum, quoad filium, & nepotes, ideo in omnibus eadem dispositio militare debet.

Est igitur clarissima conclusio ex prædictis dictum fideicommissum debere deuenire in primogenitum Annæ cum Garzia decesserit sine filiis ex legitimo matrimonio procreatis, & Eluira etiam legitimata ipsum Annæ primogenitum non excludit, & ideo exclusa Eluira, dictorum contestatorum hæreditas virtute fideicommissariæ substitutionis deuenire debet ad Illustrem Dominum Donnum Petrum Pasquier vti dominæ Annæ filium primogenitum, & hæredem, & ita iuris esse censeo. & consulo, in cuius fidem subscripsi, & solitum sigillum, quo in similibus vtor imprimere iussi.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

SVMMARIVM.

1 *Feudatarius sine Regio assensu non potest in Regno feudum alienare.*
2 *Feuda ex pacto & prouidentia non transeunt nisi ad filios & descendentes, & non ad extraneos hæredes.*
3 *In feudis ex pacto, & prouidentia succedunt filij etiam si non sint patris hæredes.*
4 *Feudum non potest dari in dotem.*
5 *Quæ naturam habent feudorum regulantur vt feuda, & idem de eis est iudicandum.*
6 *In Demanialibus locum habet constit. Constitutionem Diuæ memoriæ.*
7 *Demanialia sine Regio assensu alienari non possunt.*
8 *Aggregatio est species alienationis.*
9 *Demanialia quæ sint.*
10 *Bona vniuersalia sine decreto alienari non possunt, & in Regno sine Regio assensu, nu. 11.*
12 *Assensus in Regno non præsumitur.*
13 *Aggregatio facta in aliqua ex vniuersitatibus Castrorum diruptorum non tenet in præiudicium successorum.*
14 *Actus factus contra statutum, quod primo prohibet, & deinde pœnam statuit, non valet.*
15 *Maior pars vniuersitatis non potest statuendo tollere ius semel vniuersitati quæsitum, nec aliquod inferre præiudicium.*
16 *Alienare qui non potest, non potest neque compromittere, neque transigere.*
17 *Super bonis vniuersalibus sine Regio assensu nec compromissum, nec laudum tenet.*
18 *In vniuersalibus laudum non tenet sine Regio assensu, neque in vim pacti.*
19 *Laudum latum super rebus vniuersalibus non potest successoribus præiudicare.*
20 *Alienari quæ sunt prohibita præscribi non possunt, amplia num. 21.*
22 *Non valenti agere non currit præscriptio.*
23 *Præscriptio quadraginta annorum esse debet contra vniuersitatem, & quando incipiat currere. nu. 24.*

Consilium III.

IN causa vertente inter Iosephum, & Antonium Franciscum Amiternini actores ex vna parte, & inter vniuersitatem Castri dirupti Guasti ream conuentam ex parte altera super participatione fructuum de rebus vniuersalibus, ac super multiplicatione foculariorum, prout participant, & multiplicant originarij dictæ vniuersitatis. Pro faciliori causæ intelligentia, & decisione de non nullis dubijs est quærendum.

Primo an aggregatio per Vniuersitatem Guasti facta de aliquibus de domo, & familia Amiternina ad foculare, & ad participationem fructuum rerum vniuersalium ualuerit, & tenuerit ualeat, & teneat sine Regio assensu.

Secundo, an ex diuturnitate temporis Regius assensus præsumatur.

Tertio dato, & non concesso quod aggregatio valuerit an ipsa aggregatio in præiudicium successorum post mortem aggregantium valeat, & teneat.

Quarto an laudum latum contra capitula vniuersitatis teneat etiam quod fuerit emologatum.

Quinto, & vltimo. An in casu nostro præscriptio vniuersitati obstet.

In primo dubio concludendum est aggregationem istam sine Regio assensu factam, non ualuisse, nec ualere, quod hac ratione probatur.

Aut bona in quibus fuit facta aggregatio sunt feudalia, aut Demanialia, aut simpliciter vniuersalia.

1 Si dicantur esse feudalia, & tunc habemus intentum, quia in Regno feudatarius non potest alteri feudum in feudum dare, non potest contrahere, non potest alienare, non permittitur cõmutatio de persona in personam, nec diminutio feudi sine Regio assensu, ita probatur in const. Regni incipiente constitutionem Diuæ memoriæ, tradunt Andr. de Isern. & Matthæus de Afflict. in c. 1. §. præterea, de capitulis Corradi in usibus feudor. & idem Afflict. in d. constit. cõstitutionem Diuæ memoriæ: sed aggregare aliquos in uniuersitate quo ad bona uniuersalia est sub infeudare in partem, est contrahere, est alienare, quia aggregati etiam ipsi domini, & possessores vti Ciues originarij efficiantur, fit diminutio quoad dominium, & quoad partes, igitur sine Regio assensu fieri non potuit ipsa aggregatio, & facta non tenuit, neque tenet.

Et quod dicta bona uideant feudalia apparet ex infrascriptis.

2 Primo feuda ex parte, & prouidentia non transeunt nisi ad filios, & descendentes, & nõ ad extraneos hæredes. Iulius Clar. in lib. 4.

sen-

sententiar.in §.feudum,in quæst.9.uersic.sed quid dicendum est, & in quæst. 88. & Didac. lib.2.resolut.cap.18.numer.3.in fine,idem est in his vniuersitatis, in quibus succedunt tantum filij, & descendentes, & non extranei hæredes.

3 Secundo in feudis ex pacto, & prouidentia succedunt filij etiam si non sint patris hæredes.Ias.in l.si post mortem, in princ. num. 3. ff.de leg. 1. & in cons. 56.colum. fin.in princ. ibi est ergo,volum.3. & Iul. Clar.in d.§. feudum,quæst.9.vers.quandoque vero,& secundo, vbi testatur de communi. Idem est in hac uniuersitate,& in similibus,ut pars fatetur in 15.articulo,& super eo testes examinati bene probant,& sic succedunt filii etiamsi non sint patris hæredes.

4 Tertio feudum non potest dari in dotem. c.1.§.donare,qualiter olim feud.alien.pot.& hæc est communis opinio,ut dicit Zas.de feudis.in nona parte.num.40.quem refert Ioan. Iacob. Leoni. inter consilia feudalia Bruni. cons.114.num 86.Idem est in his vniuersitatibus,& præcipue in ista,in qua bona hæc vniuersalia in dotem dari non possunt, ut patet ex scripturis præsentatis, & ex testibus examinatis.

5 Ex prædictis posset dici bona præfata esse feudalia, cum naturam feudorum habeant, uel cum sit consuetudo,quod regulentur sicut feuda,idem de eis est iudicandum,ut tradir Afflict.in d.const. Constitutionem Diuæ memoriæ,sub nu.86.in fin.

6 Si dicantur esse demanialia, & tunc in eis etiam habet locum dicta constitutio.

7 Constitutionem Diuæ memoriæ, & ideo sine Regio assensu alienari non possunt. Affl. ibi num.89.& in constit. incip. Dignum. nu. 14.Lucas de Penna in l.nulli.C.de fund. patrimonial.lib.11.ubi ait,quod in Regno res demanialis non potest alienari sine consensu Regis ex certa scientia interposito.& Andr. de Isern.sub num.52.& Afflict.in c.Imperialem,de prohib.feud.alienat. per Federicum.

8 Sed aggregatio est species alienationis, quia est remictere aggregatos ad communionē, quæ species alienationis,vt habetur per capitulum Regni,quod incipit Pondus æquum, vbi habetur,quod communio territoriorum inter duo Castra facta sine Regio assensu nō ualet, quia communio est species alienationis:igitur dicta aggregatio sine Regio assensu non ualet.

Et quod siluæ,montaneæ,& territoria uniuersalia huius uniuersitatis, & aliorum sint de demanio apparet ex duobus.

Primo, quia Ciuitas Aquilana est de demanio una cum eius territorio,ut apparet ex priuilegio Serenissimi Imperatoris Federici secundi, & est res notoria:igitur ea uniuersalia, quæ possident originarii in Castro dirupto Gu asti sunt demanialia, cum d. Castrum cū toto territorio sit de territorio Ciuitatis.

Secundo apparet per Lucam de Penna in l.11.C.de fund.limitroph.li.11.ubi dicit,quod Comites, & Barones tam ex forma Priuilegiorum, quam ex uetusta consuetudine habent in Castris, & terris eorum nōnulla præcipua demanialia,puta iurisdictiones, aquas, & decursus aquarum, montes, nemora, & pascua,fortilicias,& in partibus Apuleæ Clibana,& sic uides,quod montes, nemora, & pascua, quæ sunt in aliquo Castro etiam ab aliis possesso sunt de demanio.Idem concludit Afflict.in c.Imperialem in 3.notab.in nu. 70. de prohib. feud. alienat. per Federic. & quod sint prædicta bona uniuersalia, demanialia tradit Marinus Freccia in tract.de subfeud.in lib.2. in 46.auctoritate,sub numer 4. in uersicul.intellige hoc in territorio uniuersitatis.

9

Et si dicantur simpliciter uniuersalia, & tunc sine Regio beneplacito, & decreto neque ualuit dicta aggregatio.

10 Probatur primo ex dispositione iuris communis,quia bona uniuersalia immobilia alicuius Ciuitatis, seu Castri sine decreto alienari non possunt.l.fin.C.de uendend. reb. ciuit.lib.11.ubi DD.Bar.in l.fin.C.de præd.decurion. lib.10. Socin. in cons. 95. columna 2. uolum.3.Ruin.in cons.189. nu.10. uolum.1. Crauet.in cons.234.colum.3.& Bald.in cons. 400. uolum. 4. quæ lex finalis habet locum etiam in Castris,& Villis. Alex. in consilio 1. columna penultima, uolum.4. & Roland. a Valle in cons.90. num.23. uolum.1.& habet locum in omni alienatione. Alex.in d.cons.1. sub num. 15. uolum.4. & ideo locum habet etiam in donatione. Ruin.in cons.178. vol.1. & ubi de iure communi decretum iudicis

11 interuenire debet, in Regno debet adesse Regius assensus,ut probatur per cap.Regni, quod incipit æquum,vbi habetur,quod communio territoriorum inter duo castra sine Regio assensu non ualet, quia communio est species alienationis, territoriorum alicuius Castri,ex dicto cap. apparet nō posse sine Regio assensu alienari: igitur siue eo aggregatio fieri non potest, cum aggregare sit ponere aliquem ad communionem territorii, & consequenter est species alienationis, & sic, quod in rebus harum uniuersitatum, & aliarum alienandis sit necessarius Regius assensus semper in hoc Regno fuit obseruatū, & obseruatur.

12 In secundo dubio uera est conclusio,quod in Regno non sufficit tacitus,sed necessarius est expressus assensus,& opus est,ut uere probetur,& ex diuturnitate temporis non præsumitur. Sic tenent Afflict.in c.1.de contro. inuest.colum.18.uers.aduerte tamen. Andr.in c.1. colum.3. de prohib. feud. alien. per Lothar. Marin.Freccia in tract.de subfeud.lib.2. quæstione 28. & Ioan. Vincent. de Anna in repet.const.constitutionem Diuæ memoriæ num.40.& 50.

In

13 In tertio dubio licet hic inde plura dici possent, tamen omissa disputatione,& decisiue procedendo, concludendum est aggregationem in præiudicium successorum post mortem aggregantium nō ualere, quod probatur ex hac consideratione.

Consuetudo est in hac uniuersitate, quod decedens sine filiis masculis non transmittit ius eius ad extraneos, hæredes, sed ius eius extinguitur, quemadmodum in feudis, igitur aggregatio in uita tantum aggregantis ualet,& post eius mortem ius aggregationis extinguitur consequentia probatur per text. in l. Statius florus. §. Cornelio Fœlici. ff. de iu. fisci. Probatur etiam, quia de iure feudorum in totum seu in partem feudum poterat subinfeudari. c. 1. qualiter olim feud. alien. pot. c. 1. §. præterea. de cap. Corrad. c. 1. §. similiter. de lege Corrad. c. 1. §. sed & res, per quos fiat inuestitur. & c. Imperialem. §. calidis. de prohib. feud. alienat. per Feder. quæ subinfeudatio non durabat nisi in uita concedentis. Andre. de Isern. in d. §. sed & res. colum. 1. & in c. 1. de success. feud. late gl. Parisien. in §. 35. num. 22. & Io. Vincentius de Anna in repet. constitut.

Constitutionem Diuæ memoriæ numer. 36. cum seqq. ita igitur aggregatio, cum sit species subinfeudationis, non debet durare nisi in vita aggregantis.

Confirmatur hæc ratio. In his vniuersitatibus, & præcipue in ista obseruatur illud, quod obseruatur in feudo ex pacto, & prouidentia; nam uti in feudis prædictis filii succedunt etiamsi non fint hæredes patris, ita in hac, & in aliis uniuersitatibus filii admittuntur etiamsi patris hæredes non sint, igitur uti in feudis ius extinguitur, quoad detinentem, nec de eis dispositio facta tenet. Late Iul. Clarus in d. §. feudum. q. 41. & 42. ita in his uniuersitatibus ius extinguitur, quoad illud foculare, & de eis dispositio facta non tenet. igitur, quis non potest aliquem aggregare nisi in uita ipsius. d. §. Cornelio Fœlici.

Corroboratur hæc ratio. In his vniuersitatibus, & præcipue in ista filii succedunt etiam si non sint patris hæredes, & sic habent ex pacto, & prouidentia primorum parentum, & ex Regia concessione. Ideo patres non possunt de bonis uniuersalibus in præiudiciū filiorum disponere, & ratio est, quia cum sit quæsitum descendentibus ex tenore primeuæ concessionis, & ex prouidētia primorum parentum, non potest tolli per aliquem ex successionibus primorum inuestitorum, & est ualde rationabile, cum dicti filii ueniant ad dicta bona uniuersalia non ex facto parentum, sed ex antiquorum suorum prouisione, & hinc est propter eandem rationem, quod Vasallus etiam cum consensu Domini non potest de feudo ex pacto, & prouidentia, nec in partem, nec in totum disponere in præiudicium agnatorum. Iul. Clar. in d. q. 41. vbi * ait hanc esse communem opinionem, & ante eum ultra alios ita tenuerunt Aluarott. in c. 1. post numerum quartum, vers. oppono ab extra. quemadmodum feud. ad fœmin. pertin. Collegium Bononiense inter consil. Cur. sen. cons. 50. num. 21. Paris. in cons. 17. nu. 16. uolum. 1. & Andr. de Isern. in c. 1. §. quid ergo de inuestit. de re alien. facta, & hæc est verissima, communis, & ab omnibus approbata conclusio.

Deueniendo ad quartum dubium, pro eius resolutione faciendæ sunt duæ conclusiones.

Prima est, an cum fuerit dictum laudum latum, & emologatum contra Capitula, & statuta vniuersitatis valuerit, & valeat, & maximi sine Regio assensu.

Secunda est, an dicti de populo, qui emologauerunt, & mediante contractu acceptauerunt ipsum laudum potuerint filiis, & descendentibus ipsorum præiudicare.

Circa primam conclusionem dicendum est laudum latum non ualere ex duob.

14 Primo, quando lex vel statutum primo prohibet, deinde pęnam statuit, vt exempli gratia, statuto cauetur, quod quis non faciat talem actum, & si aliquis contra facere soluat centum, tunc actus factus contra statutū dicitur nullus. Abb. Felin. & Dec. in cap. 2. de testib. & Dec. in c. nam concupiscentiam, in secunda lectura, extra de constitut. Sed in casu nostro per capitula seu statuta vniuersitatis prohibetur quod extranei in ipsa uniuersitate Guasti non recipiantur, & si quis audet contra facere soluere debeat pœnam ducatorum quinquaginta. Igitur laudum latum contra hoc capitulum seu statutum dicitur nullum.

Et si dicatur quod uniuersitas potuit contra dictum capitulum aliud capitulum facere, seu aliam determinationem.

Respondetur quod in hoc laudo non interuenit tota uniuersitas, sed maior pars, ut 15 in laudo dicitur. Sed maior pars uniuersitatis non potest statuendo tollere ius semel uniuersitati quæsitum, nec aliquod inferre præiudicium. Roman. in cons. 352. ubi inter alios allegat Bald. in l. ueterem. C. de auct. præst. notantem quod maior pars uniuersitatis non potest statuere contra id, quod prius concorditer ordinatum fuit ab omnibus, adducit, & aliud, quod sic dum maior pars uniuersitatis, sed etiam uniuersitas tota non potest procedere ad derogationem illius ordinationis, quæ facta est in honorem, & utilitatem uniuersitatis, nam id, quod semel ordo decreuit rescindi non potest, nisi ex causa, idest si ad publicam utilitatē fiat rescissio prioris decreti, sic tradit Innoc. in c. accedentibus, extra de priuileg. ubi dicit de hoc esse casum rotundum in l. quod semel. ff. de decret. ab ord. faciend. quæ canonizata est 25 q. 2. institutionis, & in c. cum sic, & cum Romano

eandem

eandem opinionem tenuerunt Grammat.in cons.ciuil.71.num.9.cum seqq.& Aym.Crauett in cons.132.num.4.& 8.& ratio est secundum Crauett. quia eadem solemnitas in reuocando,quæ in conficiendo requiritur.l.heredes palam §. si quis post. ff. de testam. l. si puellæ.ff.de sponsal.l. nuptiæ. ff. de in nuptia. & l.si vt proponis. C. de nupt. tradit Roman. in cons.65.nu.2.& in cons.116.

Secundo. Ista bona vniuersalia si sunt feudalia certum est quod transactiones,iusiurandum,stipulationes pœnales,compromissa, & arbitraria inde secuta sine speciali Regio assensu non ualeant,ita habetur in constit.constitutionum Diuæ memoriæ,& ibi Afflict.& Io.Vinc.de Anna in repetit.

Si sunt demanialia,& tunc d. const.locum habet etiam in bonis demanialibus, vt ibi in nu.89.concludit Afflict.& supra dixi.

16 Si sunt vniuersalia, & similiter requiritur Regius assensus, vt habetur in cap. æquum pon dus.Nam qui non potest libere alienare, non potest compromittere,neque transigere. l.C.de bon. mater. vbi pater non potest alienare,nec compromittere aduentitia. Ias. in l. fin.num.119.C.de in emphyte.Dec. in cons. 39.num.4.& cons.44. & 465.in fi. Socin. iun. in cons.67.numer.77.volum.1. ita non potest transigere pater super aduentitijs,vt in l.1.C. si aduers.transact.Ias.in d.l.fin.nu.122.quæst. 10.& Tiraquell. de iure marit. glos.5. num. 202.& seq.& in retract.lig.§.1.gl.14.num. 60. pro quo est text.in c.cum contingit, de transact. & in l. non solum.C.de præd.minor.Cũ igitur alienatio rerum vniuersalium nõ per-17 mittatur sine Regio assensu,sequitur, quod super eis compromissum factum non ualet, nec laudum inde secutum nec transactio.

18 Nec valet laudum super dictis bonis in uim pacti.Bald.in c.1.vers.sententiæ in tit. de pace constant.Angel.in cons. 218. vita narratione.Roman.in cons.160.Guid.Papa in consilio 141.Hyppol.in l.1.§. si quis dicatur, col. pen. ff. de quæst. & in l. quæstionis, colum. 6. eod.tit.Dec.in l.ab initio. ff. de reg. iur.Gozzadin.in consil.81. & Io.Vincent.de Anna in repetitione const. constitutione Diuæ memoriæ,nu.287.& 288.

Ex prædictis apparet quod compromissum, & laudum inde secutum super dictis bonis vniuersalibus sine Regio assensu non valuit,neque ualet, ideo nullum in eis potest fieri fundamentum.

In secunda conclusione dicendum est laudum etiam emologatum non potuisse, nec posse præiudicare filijs, & descendentibus, quod probatur hac consideratione.

19 Ius acquisitum filiis,& descendentib. non ex facto patris,sed ex prouidentia primorum parentum,seu ex Regia prouisione, non potest ipsis auferri per patrem post ipsius mortem, nam dicitur datum per ordinem, vt in vita patris habeat pater,post mortem filius.l. fin.C.de uerb.signifi.l.fin.ff.de leg.2.l.hæres. §.final.ff.de leg.2.& l.cum ita.§.in fideic.ff.ad Trebell. & sic quasi subiacet restitutioni, & ideo post mortem vniuscuiusq; non permittit alienatio.l.fi.& auth.res quæ.C.comm.de legat. Sed in casu nostro ius in istis uniuersitatibus,& præcipue in ista filiis,& descendentibus non fuit acquisitum ex facto eorum parentum,sed ex prouidentia primorum parentum, seu ex Regia concessione, & ideo succedunt etiamsi non sint patris hæredes, ut pater ex scripturis per uniuersitatem præsentatis,& ut pars in 15.articulo fatetur. Igitur dato,& non concesso, quod alienatio in vita alienantium ualerer, tamen post ipsorum mortẽ non ualet,& filiis & descendentib.per parentes præiudicium fieri non potest,& cõsequenter compromissum, & laudum inde secutum istis descendentib. non potuit præiudicare,nec præiudicauit.

In quinto,& vltimo dubio pro eius resolutione duo sunt præmittenda.

Primo,quod in his bonis, seu feudalibus, seu demanialibus,seu uniuersalibus filii succedunt etiam si non sint patris hæredes, & sic habent dicta bona ex pacto, & prouidentia,vt pars in 15.articulo fatetur & probat.

Secundo hæc bona uniuersalia per patrem non possunt alienari in præiudicium filiorum ita antiquitus obseruatum fuit,& obseruatur,& patet ex capitulis per vniuersitatem præsentatis, quamuis durante vita patris filij agere non possint.

His præmissis probatur præfacta conclusio hac ratione, idest quod præscriptio non nocet Aut isti actores fundantur in præscriptione contra patres, & antecessores istorum ciuium de vniuersitate Guasti, & hoc non obstat, cum de hoc ad præsens non quæratur. Aut contra istos, & tunc aut quia præscripserunt contra eorum antecessores,a quibus isti ciues originarij Guasti descendunt. Aut singulariter contra istos qui viuunt.

Si primo casu, & tunc concludendum est non posse istos particulares de domo Amiternina tale fundamentum in hac præscriptione facere.

20 Ratio est, quia ea quæ alienari prohibita sunt præscribi non possunt,gl.fin. in l.2. C.de vsucap. pro empt. Alexan. in cons.1. colum. fin.uers.præterea statutum, volum. 4. ubi attestatur de communi.Corn. in cons. 294. colum.penult.& fi.uolum.3.Cassan.in cons.11.
21 num.40.& in cons.66.num.18.& Ias.in cons. 57.num.5.volum.1. quæ conclusio etiam in longissima præscriptione locum habet, & maxime in præjudicium illorum,quibus non dum erat apertum ius, idest fideicommissum,vel feudum,vel aliquid demaniale, seu vniuersale, & sic agere non poterant.Paris. in c.cum non liceat, numer. 18. de præscript. & Crotus in l.filius familias.§. Diui. num. 143. vers.4.fit conclusio.ff.de leg.1. tradit Andre.

de

de Isern.in c.1.§.quid ergo, sub num.7.de inuestit.de re ali.facta,in usib. feudor. & Ratio est quia antequam aduenìat dies, seu antequam apertum sit feudum vel ius agi non potest, & non ualenti agere non currit præscriptio.l.1.in fi.C. de Annal.excep.

Sed in casu nostro montaneæ,siluæ, territoria,& alia bona vniuersalia,seu feudalia,seu demanialia huius castri dirupti Guasti alienari non possunt in præiudicium filiorum,& filijs non dicitur apertum ius, nisi post mortem parentum, igitur contra eos non currit præscriptio, ex quo viuentibus patribus agere non poterant,& ideo contra eos uti agere non ualentes non currit, neque currere potest præscriptio, tradit ultra alios Marinus Freccia in tractat.de sub feud. lib.3.in quarta quæst.

Si secundo casu loquimur,idest si isti actores se fundant in præscriptione contra istos, qui ad præsens viuunt, & tunc neque in hoc facere posser fundamentum.

23 Ratio est quia isti originarij possident vniuersaliter,& vniuersitatem repræsentant, & ideo contra istos,vti uniuersitatem repræsentantes deberet adesse præscriptio quadraginta annorum.l.omnes. C. de præscript. trigin. annor. tradit Alexan. in cons. 16. numer. 24. volum.5. quæ præscriptio non adest, & nota quod qui non probat de præsentia aduersarij succumbet. Afflict.in const.consuetudinem, sub numer.4.in fin.& ideo debuisset probari præsentia istorum reorum conuentorum, & cum non proberur, isti actores in præscriptione non possunt se fundare. Notandum est etiam quod in Regno in hac præscriptio-

24 ne deducendum est tempus pupillaris ætatis, & ætatis minoris, & eis deductis postea est facienda computatio annorum. Afflict.in d.const.consuetudinem, num.15. quibus deductis in casu nostro non adest nec tempus quindecim annorum, ideo in præscriptione non possunt se fundare. Notandum est tertio, & vltimo quod licet præiudicaret filijs, tamen non potest præiudicare alijs successoribus post filios. Andre. de Isern. in c. 1. in §. quid ergo, sub numero septimo. de inuestit. de re ali.fac.

Ex prædictis apparet quod aggregatio sine Regio assensu facta non ualet,quod assensus Regius non præsumitur, quod aggregatio etiam cum assensu Regio ualet tantum in uita aggregantium,quod compromissum,& laudum inde secutum, etiam emologatum est inualidum & maxime sine Regio assensu,& præscriptio non obstat,& ita consulo,& iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D. & ita fuit decisum.

SVMMARIVM.

1 *Feudum quid sit, & an sit bona diffinitio.nu. 5.*
2 *Iura focu*l*ariorum fuerunt subrogata loco collectarum antiquarum,*
3 *Inuestitura non est de substantia feudi,*
4 *Seruitium non est substantiale feudi,sed fidelitas.*
5 *Castrum quodlibet præsumitur feudum quaternatum etiam si sit inhabitatum.*
8 *In feudo ex pacto, & prouidentia succedunt filii, & non hæredes extranei, & succedunt etiam si non sint patris hæredes.nu.9.*
10 *Feudum non potest dari in dotem.*
11 *In feudis ex pacto, & prouidentia alienatis cum consensu Domini, filius mortuo patre alienationem reuocare potest, & ad feuda ipsa admittitur.*
12 *Vasallus potest alienare commoditates feudi.*
13 *Assensus ex diuturnitate temporis præsumitur, sed contra,num.14.& 22.*
15 *Constitutio Regni incipiens Constitutionem diuæ memoriæ locum habet etiam in demanialibus.*
16 *Demanialia bona sine Regio assensu alienati non possunt,*
19 *Aggregatio est species alienationis.*
20 *Bona vniuersalia sine causæ cognitione, & decreto alienari non possunt, & num.39.*
21 *Aggregatio sine Regio assensu fieri non potest.*
22 *Assensus in Regno non præsumitur.*
23 *Solemnitates præsumuntur interuenisse ex diuturnitate temporis,declara num.24.25.26.& 27.*
28 *Qui possunt statuere possunt consuetudinem inducere, & qui non possunt statuere neque possunt inducere consuetudinem.*
29 *Vniuersitates non possunt statuere in his quæ sibi soli Princeps reseruauit.*
30 *Hæres factum defuncti approbare tenetur, declara num.31.& 32.*
33 *Ex titulo resultat bona fides, declara num. 34. amplia num.35.*
36 *Quod tenet a principio tractu temporis non conualescit,amplia in laudo num.37.*
38 *Laudum est species transactionis.*
39 *Vniuersitates pupillis, & minoribus æquiparantur.*
40 *Omnis populus carens iurisdictione potest condere statutum.*
41 *Lex vel statutum per non vsum non tollitur.*
42 *Statutum non comprehendit casum iuratum numer. 43.44.45.*
49 *Laudum super feudalibus, seu demanialibus, seu vniuersalibus non tenet sine Regio assensu.*
47 *Laudum valet in vim pacti declara numer. 50. & 51.*
48 *Laudum emologatum transactio dicitur, & ideo debet obseruari, declara nu.49.*
52 *Bona ex pacto & prouidentia quæ sint.*
53 *In feudis quæ præscriptio attendatur.*
54 *Priuatus contra vniuersitatem in bonis alienatis sine Regio assensu non præscribit nisi spatio centum annorum.*
55 *Non ualenti agere non currit præscriptio.*
56 *Res prohibitæ alienari de iure cõmuni præscribi possunt spatio triginta, vel quadraginta annorum.*

Res

57 *Res subiecta restitutioni spatio 30. ann. præscribi pot.*
58 *Præscriptio triginta, vel quadraginta annorum ex iuris errore in titulo causari non potest.*
59 *Præscriptio 40. ann. adesse debet contra vniuersitatē.*

Consilium IIII.

IN primo meo consilio dicebam aggregationem sine Regio assensu per vniuersitatem Castri Guasti factam de aliquibus de familia Amiternina ad foculare,& ad participationem rerum vniuersalium non valere. Mouebar argumento sumpto a sufficienti partiū enumeratione dicendo, φ bona, in quibus aggregatio facta fuit, aut erant feudalia, aut Demanialia, aut simpliciter vniuersalia. Si erant feudalia,& tunc tres faciebam conclusiones.

Prima erat quod cum aggregatio esset species alienationis, vt cū per eā contrahebatur, commutatio ac diminutio in partem fiebat, non poterat fieri sine Regio assensu per Regni constitutionem, incipientem cōstitutionem Diuæ memoriæ. Secūda erat quod ista bona erāt feudalia,& ex pacto & prouidētia.

Tertia,& vltima erat, quod si non erant feudalia, tamen cum feudorum naturam habetent, de eis erat iudicandum prout de feudis. Aduersus prędicta D. Aduocatus istorū de familia Amiternina replicādo dicebat, hæc nō esse bona feudalia assensū Regiū ex diuturnitate temporis præsumi. Constitutionem incipiētem. Constitutionem Diuæ memotiæ loqui in feudis quaternatis. Et adæquationem per me factam, vti non factam per modum regulæ non valere,& ideo de eis non esse iudicandum prout de feudis.

Et hęc bona primo non esse feudalia D. Aduocatus ita demonstrabat, cui non competit diffinitio nec diffinitū competere pōt. l. 1. §. dolū. ff. de dolo, sed feudi diffinitio dictis bonis non cōpetit, igitur nec diffinitum. Minor 1 probatur cū feudum, secūdum Iac. de Bel. & cōcessio rei pro homagio facta pro aliquo honesto seruitio cum traditione vtilis dominij, vel secundū Bal. est beneficiū, quod ex beneuolētia datur alicui, vt proprietas penes dantē remaneat,& vsusfructus ad accipientem eiusq; hæredes transeat in perpetuū, vt domino fideliter seruiat, sed hæc minime in casu nostro adaptari possunt, cum vtrumq; dominiū tam vtile, quā directū ad vniuersitatē spectet,& Domino nō prestatur seruitiū, nec de eis appatet inuestitura, siue cōcessio per Regē facta, aut per Baronē, nec soluitur adhoa Regiæ Curię, minime ēt in eius quaternionibus sūt registrata, igitur dictū territorium nō est feudale,& cōsequēter non est locus dispositioni dictæ cōstitutionis Cōstitutionē Diuę memoriæ. Huic rōni respondetur dupliciter.

Primo negādo dominiū directū esse pęnes Vniuersitatē, cū ex cōcessione Imp. Fed. Secundi, Dominiū directū est Regis, vtile Ciuitatis,& vsusfructus vniuersitatis Guasti, qui spectat ad homines ipsius uniuersitatis,& ad eius hæredes,& successores,& ad filios ex sanguine ēt si nō sint hæredes,& in recognitione directi dominij olim pro dicto castro ac pro alijs soluebātur pedagia,& collectę, prout 2 apparet ex priuilegio Ser. Regis Ladislai,& deinde cū iura focularioru fuerint subrogata loco collectarū antiquarū, quæ debebantur Regib. huius Regni p uniuersitates,& loca Regni ante Regē Alfonsiū, cū primitus non soluebantur focularia, ut dicit Afflic. in c. 1. in uerbo, plaustrorū, nu. 19. quæ sint regalia, in usib. feudorū. Ciuitas pro prærerito,& hodie soluit ius focularioru pro dicto Castro, ut est res notoria. Nec est uerū non adesse cōcessionem, cū cōcessio appareat facta per Imp. Fed. 3 secūdū,& inuestitura nō est de substātia feudi, ut tradit de mente feudistarū Iacobutius de Franc. in præludijs feudorū. nu. 8. positus post decis. Domini Vinc. de Franc. nec facienda est uis ī seruitio, quia qñ in inuestitura, seu cōcessione nō fit mentio de seruitio ad seruitiū uasallus nō tenetur, cū nō sit de substātia 4 feudi seruitiū, sed fidelitas. c. 1. §. nulla, per quē si. inuest. ita dixit And. de Iser. in c. 1. §. huius aūt generis. 2. col. vers. sed si infeudetur, ex quib. caus. feud. amict. in c. 1. § fi. in princ. de c. qui eur. vendid. in c. 1. §. si quis de manto. 1. col. vers. quod aūt, de controu. inuestit. in c. imperialē. §. scrib a vero, col. 1. vers. dicendo, de prohib. feud. alien. per Feder.& in §. sed nec alia iustior. in princ. quæ sit prima caus. benefic. amittend. tradit etiā prædictus Iacobutius de Franc. dū tractat quæ sint species feudorū, n. 194 cū seq. ad quā fidelitatē isti homines de Guasto tenentur. Nec est verū dicta bona nō fuisse, nec esse registrata, cū pro dicto Castro Curiæ, Ciuitas loco pedagiorū,& collectarū soluat iura focularioru,& cū hoc Castrū sit de corpore,& territorio Ciuitatis, vt apparet ex priuilegio Caroli secūdi, extat sub registro Ciuitatis, nā ex registratione ciuitatis tacite,& de necessitate cēsetur registratū d. Castrū ex vnitate corporū, cū ēt d. Castrū appelletur ciuitas, vt cōstat ex d. priuilegio,& cū d. Castrū vti Ciuitas sit immediate sub Regia protectione,& sub ipsius Demanio, non soluitur aliter adhoa cum illa tantum per Barones soluatur, sed bene in recognitionem dominij directi soluuntur iura focularioru, ex prædictis vides quòd argumentum non tenet.

5 Secundo respondetur negādo dictas diffinitiones esse veras,& non esse bonas tradit Iul. Clar. in lib. 4. sentent. in §. feudum quęs. 4.& apparet nō esse veras,& substantiales, quia vtraq; diffinitio concludit debere adesse seruitium,& tamen, vt dixi, seruitium non est de substantia feudi, sed tantum fidelitas,& ideo in ea ratione vti friuola nullum potest fieri fundamentum. Cum hæc igitur ratio non subsistat,& narrando ueritatem, circumscriptis subterfugijs demonstro aperte Castrum hoc Guasti esse feudum,& quaternatum. Sciendum est ex priuilegio Caroli secundi

Ciuitatem Aquilæ,& Castra esse unicum, & promiscuũ territorium, inter quæ Castra adest Castrum Guasti, & ideo tam intus Ciuitatem, quàm extra, Castrum Guasti appellatur, & licet ad præsens extra non habitetur, tamen habitatio hodie sit Aquilæ,in qua homines nisi castri repræsentant illud, illiusque uniuersitatem, adeo quod facta fuit tantum respectu habitationum mutatio loci. Cum igitur hodie sit Castrum, sequitur in necessariam consequentiam quòd sit feudum,& quaternatum.

6 Et ratio est quia omne Castrum præsumitur quaternatum secundum Iserniam in const. post mortem const. si dubitatio, in const. nomen, & uormam, & ibi glos. & in const. si aliquis Baro.& in capit. Imperialem, in §. illud quoque, columna quarta, uersicu. vel Castrum hoc ipso, de prohib. feud. alienat. per Feder. vbi dicit quòd hoc ipso quod dicitur Castrum, dicitur feudum quaternatum, idem concludit Iacobutius de Franchis in dictis præludijs vsus feudorum, numero 101. & Matthæus de Afflict. in dicta const. post mortem numer. secundo, & ideo etiam si sit inhabitatum non potest sine Regio assensu alienari, vt probatur in capit. pondus æquum.

7 Cum igitur hoc Castrum Guasti sit feudũ, & quaternatum, concludendum est esse feudum ex pacto,& prouidẽtia, quod probatur.

8 Primo, quia in hac vniuersitate, & in alijs succedunt tantum filij, & descendentes, & non extranei hæredes, vt in processu extat uerificatum, & sic est in feudis ex pacto, & prouidentia, in quibus filij, & descendentes succedunt, & non extranei hæredes. Didac. in lib. 2. Variar. resol. cap. 18. num. 3. in fin.

9 Secundo in feudis ex pacto,& prouidentia succedunt filij etiam si non sint patris hæredes. Iulius Clarus in libro quarto, sententiarum, in §. feudum, quæstion. nona, uersicu. quandoque vero,& secundo, idem est in his vniuersitatibus, & præcipue in ista, in quibus succedunt filij etiam si non sint patris hæredes, vt fatetur pars in 15. artic.

10 Tertio feudum non potest dari in dotem. cap. 1. §. donare, qualiter olim feud. alie. poterat. Idem est in hac uniuersitate, in qua hæc bona uniuersalia in dotem dari non possunt, vt patet ex scripturis præsentatis, & ex testibus examinatis.

11 Quarto, quando feuda ipsa ex pacto, & prouidentia alienantur cum consensu domini, tunc filius patre mortuo ea reuocare potest, & non obstante alienatione ad feuda ipsa admittitur, capit. primo, §. Titius filio, si de feud. defunct. content. fuer. Idem quando aliquis Ciuis alienaret eius partem montaneæ cum Regio assensu, nam post eius mortem filij admittuntur non obstante d. alienatione.

12 Quarto uti vasallus potest alienare commoditates feudi. Bald. in cap. primo, §. aut si libellario. nu. 3. in fine, quib. mo. feud. amitt. * & est communis opinio, vt attestatur Ruin. in cons. 176. num. 13. volum. 1. quæ alienatio valet in vita tantum alienantis, non autem in præiudicium eius, qui successurus est in feudo. Iulius Clarus in d. §. feudum. quæstion. 31. uers. successiue quæro.

Idem est in hac vniuersitate, in qua Ciues alienare possunt partes ipsorum commoditatis montaneæ, siluæ, & territorij, quæ durat vita durante, & non in præiudicium filiorum, seu aliorum de Populo.

Ex prædictis uides, quod hoc Castrum Guasti est feudum quaternatum, & ita præsumitur. Vides etiam quod est feudum quaternatum ex pacto,& prouidentia. Tertio, & vltimo apparet, quatenus non esset feudum, haberet in omnibus, & per omnia naturam feudorum ex pacto,& prouidentia.

Ex his uidetur primo resolutum esse feudum quaternatum, & consequenter in eo habere locum dispositionem dictæ constitutionis Constitutionem Diuæ memoriæ. Secundo apparet esse feudum ex pacto, & prouidentia. Tertio extat resolutum quatenus nõ esset feudum (quod non est dicendum, cum sit proprie feudum, & quaternatum) quod in omnibus, & per omnia naturam feudorum habet, & ideo iudicandum est de eis prout de feudis, vt concludit Afflict. in dicta const. constitutionem Diuæ memoriæ, sub num. 86. in fin.

13 Quatenus dictus D. Aduocatus dicit, quod ex diuturnitate temporis præsumitur assensus, & sufficit tacitus, & ad id demonstrandum allegat Afflict. in c. 1. §. præterea, de capit. Corradi, & ante eum Alexan. in l. 2. §. voluntatem, in princ. num. 3. uers. hoc tamen limita. ff. solut. matrim. Ang. in l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acq. hæred. & Alexander allegat notata per Baldum in l. si filius, per illũ text. C. de petit. hæredit. vbi etiam Angelus. Idem voluit ipse Afflict. in cap. imperialem. vers. 24. quæro, de prohib. feud. alienat. per Federic. num. 64. vbi resoluit triginta annorum lapsum ad id sufficere.

14 Respondetur, quod dicti Doctores allegati nullo pacto dicũt in feudis sufficere tacitum assensum, & ex diuturnitate temporis præsumi, & ideo ipsemet fatetur contrariam opinionem esse veriorem, idest in Regno in feudis non sufficere tacitum cõsensum, nec præsumi, & hæc est veritas, idest quod in Regno non sufficit tacitus assensus, nec præsumitur ex temporis diuturnitate, & in particulari ita tenent Afflict. in c. 1. de controu. inuest. col. 18. vers. aduerte tamen. Andre. in c. 1. col. 3. de prohib. feud. alien. per Lotha. Marinus Freccia in tract. de sub feud. lib. 2. q. 28. Io. Vincentius de Anna in d. const. constitutionem Diuæ memoriæ, nu. 40. & 50. & Ludou. de Molin. in tract. de Hispan. primogen. lib. 4. c. 10. in fin. sub nu. 10. fol. 515.

Cum

Cum igitur in feudis non sufficiat tacitus assensus, nec præsumatur, aggregatio ipsa non tenet sine Regio assensu, & animaduertatur quod dicta constit. constitutionem Diuæ memoriæ habet locum in feudo quaternato, ac in omni feudo, quod immediate, & in capite tenetur a Rege, & non in feudo, quod tenetur immediate in capite a Barone, ut in dicta const. affirmat Afflict. in numero vigesimotertio, Vnde cum nos simus in feudo quaternato, & in feudo quod immediate tenetur a Rege, & in capite, & non a Barone, vt ex Regijs, & Imperialibus concessionibus apparet, vt supra dixi, non est dubitandum dictam constitutionem in casu nostro locum habere.

Vides igitur omnia dicta per me in hac materia bonorum feudalium esse vera, & dicta in contrarium per D. Aduocatum partis aduersæ non obstare, & in eis in iudicando non posse fieri fundamentum.

Dicebam insuper quod si erant bona Demanialia in illis aggregatio non tenebat sine Regio assensu, cum dispositio dictæ constitutionis, constitutionem Diuæ memoriæ etiam in bonis Demanialibus locum habebat, & sic faciebam duas conclusiones.

15 Prima erat dictam constitutionem incipientem constitutionem Diuæ memoriæ habere locum in bonis demanialibus. D. Aduocatus partis aduersæ huic conclusioni non contradicit, & est uerissima conclusio, vt attestatur Camerarius in c. imperialem, de prohib. feud. alienat. per Federic. in princ. in fol. 6. in litera. c. & e.

Secunda erat, quod bona ista si non erant feudalia erant Demanialia. D. Partis aduersæ Aduocatus hanc conclusionem oppugnat, & conatur demonstrare non esse bona demanialia, asserendo.

16 Quod bona demanialia propriè sunt in quibus Dominus directum, & vtile dominium habet, vt per Paridem de Put. in tract. de re integrat. feud. in titu. de demanialibus Regis, & Baronis, cap. 3. numero tertio, subdit quod in dictis bonis Dominus Baroniæ habet intentionem suam fundatam, & præsumptionem, quod omnia sint demanialia, & ad ipsum pertinentia, quæ præsumptio transfert onus probandi in aduersarium, quod non sint demanialia, sed concessibilia, quia contra ius Demanij potest contrarium probari, vt in constit. si dubitatio, vbi qualiter probetur contra ius Demanii, in eodemque cap. num. 1. dicit etiam Paris, quod Demanialia Regum, & Baronum dicuntur Dohanæ, gabellæ, Baiulationes, starciæ, vel vineæ curiæ feudi, quæ laborantur per vasallos & Colonos curiæ in Demanio, vel ad partem deputata pro uictu Dominorum, atque annotata in quaternis Curię, vel de quibus Curia anno quolibet percipiebat fides, & diffidas: vel bona deputata pro animalibus, & massarijs domini Castri, Curiæ, Ferrariæ, aut piscariæ Curiæ, montes, & nemora vsui Curiæ deputati, aut molendina Curiæ, quæ anno quolibet uendebantur, vel locabantur per Curiam pro certa mercede, ex quibus fructus ad Curiam ueniebant. Aut alia bona Curiæ non solita concedi ad reditum in perpetuum, vel ad centum, vel aquarum cursus, vel capomandrus Curiæ, & similia. Alibi etiam Andre. de Isern. in cap. imperialem. §. nec dominus feudi, num 48 de prohib. feud. alienat. per Federic. quærit quæ sint Demanialia in Regno Siciliæ, scribitque, quod dicebant antiqui Ciuitates, Castra, & bona alia, ut Dohanæ, gabellæ, regalia retenta per antiquos Reges in potestate, & dominio suo, non donata, & concessa alijs dicti demania, & si sic steterunt per triginta annos sortiri hanc conditionem vt sint de Demanio. arg. l. eum qui. C. de fund. rei priu. libro undecimo, dicent enim homines istorum locorum Regi, promisisti nos tenere in Demanio, quod probabant ex longa possessione secundum communem opinionem. l. cum de in rem uerso. ff. de usur. subdens hactenus Andreas, quod potest Rex vnam terram Demanium facere. arg. l. prima, C. de indict. libro decimo, vbi extraordinarium facit ordinarium, & canonicum, & quia concedit noua uectigalia. l. prima, C. vectigal. nou. instit. non poss. Vlterius Demanialia Regis sine priuilegio possidere non licere dicta constitutio, Dignum. Io. Vincenrius de Anna alleg. 69. numero tertio, vbi subdit cum priuilegio possideri posse, & in hoc Regno semper fuisse apud Reges istam potestatem alienandi istas res Demaniales, fretus auctoritate Bartholomæi Camerarij diuersis in dicto cap. imperialem fol. 71. colum. 1. quod licet articulus extra Regnum sit disputabilis, tamen in Regno de hoc non disputatur propter consuetudinem alienandi, vt idem affirmat in eadem repetitione. fol. 108. col. 2.

Sed bona huiusmodi de Guasto non sunt sub dominio directo vel vtili alicuius in quãtum consideratur dominium ad faciendum Demanium, sed pertinent ad homines uniuersitatis prædictæ, licet omnia, quæ habemus sint quoad vniuersale, siue generale demanium Regis nostri, nec de ijsdem bonis vniuersitas aliquod priuilegium retinet, nec sunt de mensa Regis, nec registrata in quaternionibus Regiæ curiæ, ergo non sunt demanialia, & circa dominium dicebat Andre. in d. c. imperialem. §. nec dominus feudi. nu. 49. quod inter Dominum, & Demanium est differentia quæ inter genus, & speciem, nam quicquid est in demanio Principis est in suo dominio, sed non conuertitur, & satis colligitur in d. constit. dignum, sic arrogatio, & adoptio, sed non conuertũtur, sic illa quæ incidũt

quotidie in fiscum, ut ex multis causis contingit. l. prima, & secunda, ff. de iu. fisci. l. prima, C. de petit. bon. subl. & de bonis uacant, per totum, sunt in dominio principis, sed non in demanio.

Hæc sunt formalia uerba D. Aduocati partis aduersæ.

Hoc argumentum ex multis ornatum faciliter remouetur, cum in eo præsupponatur dominium directum, & utile esse penes vniuersitatem, & ideo bona ipsa non posse demanialia appellari. Hoc enim præsuppositum non est verum, Nam dominium directum, dicti Castri, eiusque bonorum est sacræ, & Catholicæ Maiestatis, dominium uero utile est vniuersitatis prædictæ, seu Ciuitatis, & ideo in recognitionem directi dominij olim pro dicto Castro soluebantur pedagia, & collectæ prout constat ex priuilegio Serenissimi Regis Ladislai. & in locum collectarum, & pedagiorum hodie soluuntur iura focolariorum, vt dicit Afflictus in dicto cap. primo, §. plaustronem, num. 19. quæ sint regalia, in usib. feudorum, & cum dictum Castrum una cum Ciuitate immediate sit sub dominio Regis, in necessariam consequentiam dicitur esse suo Demanio. Nam Andreas de Isernia in dicto capit. imperialem numero quadragesimooctauo. dicit quod in

17 Regno Siciliæ Demania sunt Ciuitates, castra, & bona alia, vt dohanæ, gabellæ, regalia retenta per antiquos Reges in potestate, & dominio suo non donata, & concessa alijs dicuntur demania, & si sic steterunt per 30. annos, sortiuntur hanc conditionem, ut sint de Demanio. arg. l. eum qui. C. de fund. rei priuat. Sed hoc Castrum Guasti non fuit alicui Baroni donatum, sed semper una cum Ciuitate retentum fuit per antiquos Reges in potestate, & dominio suo, non est igitur dubium quod est de demanio. Et ad demonstrandum hanc ueritatem, sciendum est quod Ciuitas Aquilæ una cum toto territorio est in Demanio Regis, vt constat ex priuilegio Imperatoris Federici secundi, & est res notoria. Castrum Guasti cum toto eius territorio est de territorio ipsius Ciuitatis, vt apparet ex priuilegio Serenissimi Caroli secundi, igitur dictum Castrum est in Regio Demanio.

Nec obstat responsio data ad Afflict. in dicto capitulo imperialem, in tertio not. in numero 70. Nam Afflictus dicit, quod montes, nemora, & pascua, quæ sunt in aliquo Castro etiam ab alijs possessa sunt de Demanio, & sic præsupponit, quod siue Castrum immediate a Rege possidetur, siue ab aliquo Barone, quod semper montes, nemora, & pascua non sunt Baronalia, sed de Demanio, & sic aperte probat nostram intentionem.

Nec obstat responsio data ad Frecciam, quia generaliter dicit quod territoria vniuersitatis sunt Demanialia, nec distinguit, & quod in casu nostro sint Demanialia apparet manifeste, cum sint immediate sub dominio, & protectione Regis, & ideo sunt de Demanio vt elicitur ex constitutione Regni incipiente, dignum.

18 Cum igitur sint bona Demanialia certum est non potuisse alienari sine Regio assensu. Afflict. in dicta constit. Constitutionem Diuæ memoriæ. num. 89. & in constit. Dignum, numero decimoquarto, Lucas de Penna in l. nulli. C. de fundis patrimonial. lib. 11. & ibi Andreas de Isern. sub numero quinquagesimosecundo, & Afflict. in cap. imperialem, de prohib. feudi alienat. per Federic. sed aggre-

19 gatio est species alienationis, vt habetur per capitulum Regni, quod incipit pondus æquum, vbi habetur quod communio territoriorum facta inter duo castra sine Regio assensu non valet, quia communio est species alienationis, igitur dicta aggregatio siue Regio assensu facta non ualuit.

Ex prædictis apparet optime allegatis per partem fuisse responsum, & ideo in iudicando non esse recedendum ab hac conclusione quod bona ista si non sunt feudalia, sunt demanialia, & si sunt demanialia in eis habet locum Constitutio, constitutionem Diuæ memoriæ, & ideo in alienatione ipsorum requiritur Regius assensus, qui debet esse expressus, & non tacitus, & ex diuturnitate temporis non præsumitur, & licet D. Aduocatus iterum insistat præsumi, tamen non recordatur forte, quod ipsemet dicit contrariam opinionem esse veriorem, & sic quod assensus in Regno ex diuturnitate temporis non præsumitur, & licet dicat dictam constitutionem loqui in feudis quaternatis, nihilominus ueritas est, quod dicta dispositio extenditur etiam ad bona Demanialia, vt ibi tradit Afflictus, & probatur in const. Dignum. Non est igitur dubitandum assensum non præsumi, & dictam constitutionem extendi etiam ad Demanialia, & sic tenета sumus in claris.

Tertio loco dicebam quod si dicta bona non erant feudalia, nec Demanialia, erant saltim vniuersalia, & ex dictis per me eliciebantur, seu eliciuntur hæ conclusiones.

Prima quod hæc bona si non erant feudalia, seu demanialia, erant uniuersalia. Et quod casu, quo non sint feudalia, seu demanialia, sint uniuersalia expresse tradit Bart. in l. fin. ff. de colleg. illicit.

20 Secunda est, quod bona uniuersalia sine causæ cognitione, & decreto alienari non possunt. l. final. C. de uendend. reb. Ciuitat. libro vndecimo, quæ lex habet locum in castris, & villis. Alex. in cons. 1. colum. pen. volum. 4.

Tertia

Tertia est quid in casibus, in quibus de iure communi requiritur superioris decretum, in Regno requiritur Regius assensus, vt probatur per capitulum Regni, quod incipit æquum pondus.

31 Quarta est quod aggregatio, cum remittere aliquem ad communionem, est species alienationis, & ideo sine Regio assensu non tenet, vt probatur in d.c. æquum pondus, ubi expresse probatur, quod Castra inhabitata cum toto territorio sunt feuda, & sine Regio assensu alienari non possunt, ex hoc igitur capitulo apparet bona Castri Guasti esse feudalia, & certe est textus in terminis pro nostra conclusione.

His conclusionibus in iure uerissimis D. Aduocatus partis aduersæ non contradicit, & nullum dat responsum, nisi quod insistit, quo assensus præsumitur in compromisso facto, & in laudo inde secuto.

Huic prætentioni respondeo dupliciter, & hoc ad remouendam omnem difficultatem.

22 Primo quod in Regno assensus non præsumitur, vt tradit Ioannes Vincētius de Anna in repet. constit. constitutionem Diuæ memoriæ, num. 50. cum seqq. & in proprijs terminis capituli pondus æquum, quod assensus etiam ex diuturnitate temporis octuaginta annorum non præsumatur concludit Afflictus in decis. 254. vbi ait ita fuisse per sacrum Concilium decisum, cum ad assensum præsumendum, vt ibi dicit, sit necesse tempus centum annorum, vel tantum tempus cuius in contrarium non extet hominum memoria, & sic uides aperte quod in alienatione rerum vniuersalium alicuius castri etiam inhabitati non præsumitur Regius assensus nisi ex lapsu centum annorum, quod non est in casu nostro, cum laudum fuerit latum de anno 1516. & sic non sunt lapsi centum anni.

23 Secundo respondetur, quod licet de iure communi præsumatur, quod solemnitates interuenerint ex diuturnitate temporis, l. si filius. C. de petit. hæredit. & quod ideo prout dicit D. Aduocatus contrarius, si duo loca diuturno tempore fuerunt possessa tanquam unita, in dicta vnione præsumitur interuenisse auctoritas superioris, ur ultra adducta per eum tenet Oldrad. in consilio 296. Cardin. clement. 1. in 20. quæstion. de supplen. neglig. prælat. Felin. in cap. ex parte, columna prima, de testibus, & in capit. causam, columna secunda, de præsumpt. Ias. in l. qui in aliena. columna sexta, ff. de acquirend. hæreditat. & in l. sciendum, columna sexta, ff. de verbor. obligation. Cassan. consilio decimo, columna prima, & seq. & Brunus in tractat. de form. fol. 80. col. 3. Tamen prædicta conclusio in aliquibus casibus non procedit, & maxime in casu nostro.

24 Primo non procedit quando agitur de graui præiudicio. Alexan. consil. 11. colum. fin. uolumine quarto, & in consilio 179. colum. penult. volumine sexto, Ias. in cons. 176. colum. penult. volumine secundo, & in cons. 140. colum. penult. volumine quarto, Socin. in consilio 252. columna secunda, Curt. sen. in cons. 77. columna secunda, Felin. in c. Albericus, colum. fin. de testib. & in c. illud, de præsumpt. Ias. in l. 1. colum. 5. C. qui admitt. & in 3. lect. colum. 8. Gozzadin. in consil. 73. colum. 1. Bald. in tractat. præscript. in tertia, par. num. 47. Angel. Arer. in §. æquæ, colum. 6. Inst. de actio. Alexan. in d. l. qui in aliena. colum. 3. in princ. et Paul. de Castr. in l. si filius. C. de petit. hæreditat. Sed in casu nostro agitur de graui præiudicio, ut est clarissimum, igitur dicta conclusio in casu locum non habet.

25 Secundo non procedit quando ex facie scripturæ antiquæ constat solemnitatem requisitam non interuenisse. Paul. de Castr. in cons. 81. colum. 3. volum. 2. in nouis. Alexan. in cons. 1. colum. penult. uolumine quarto, Ias. in l. 1. colum. 5. C. qui admitt. Dec. in consilio 13. colum. 1. & in cons. 627. in fin. & in l. 6. colum. 8. & in tertia lectura. C. qui admitt. Ruin. in cons. 28. colum. fin. & in consilio 49. colum. 4. in fin. volum. 4. Grammat. in cons. ciuil. 77. colum. 2. Gozzadin. in consil. 73. colum. 1. & 5. in fin. & Marian. Soc. iun. in consil. 56 colum. 1. volum. 2. quæ conclusio procedit etiam in antiquitate tanti temporis, cuius in contrarium memoria non existit. Aymon. Crauert. in tractat. de antiquit. tempor. in 3. par. in 7. limitat. num. 15. & in 4. part. numer. 154. cum pluribus seqq. & hæc apud Doctores est indubitata conclusio. Sed in casu nostro ex facie scripturæ laudi, apparet assensum non interuenisse, nec in laudo, vt ex eius lectura apparet, igitur dicta conclusio in casu nostro non procedit.

26 Tertio, dicta conclusio non procedit quando actus requirit scripturam, nam ex diuturnitate temporis superioris auctoritas, tunc non præsumitur. Cassan. in consuetud. fol. 325. columna tertia, Felin. in c. sicut, colum. 17. de re iudicat. Ruin. in cons. 69. col. 6. uer. 2. respondetur, volum. 1. & in consil. 49. col. 5. volum. 4. sed assensus Regius expediendus in forma priuilegij, prout hodie omnes expediuntur, & sic in forma cancellariæ, requirit scripturam, vt in terminis tradit Io. Vincent. de Anna, in repetit. d. constit. Constitutionem diuæ memoriæ, num. 66. cum seqq. igitur in Regno dicta conclusio, & sic in assensu non procedit.

Quinto & ultimo alijs omissis dicta conclusio non procedit contra pupillum. Corn. in consilio 99. colum. final. uolumine primo, Alexan. in consil. 94. colum. 2. vol. 7. & idem est in præiudicium minorum, vt notat Socin. in cons. 24. columna secunda, Sed vniuersitates loco pupillorum habentur, & pupillis similes sunt. l. nihil, ad municip. l. republica

C. ex quib. cauf. maior. Bart. in l. final. ff. quod quisque uniuerf. nom. & in l. nulli in 1. colu. in 2. not. eo. tit. & pupillo æquiparantur, Cor. in conf. 189. in 3. uolum. & uniuerfitas est priuilegiata ficut minor. & minori æquiparatur. Grammat. in conf. 76. igitur contra uniuerfitates dicta conclufio non procedit.

Ex prædictis apparet, quod affenfus de iure Regni non præfumitur ex diuturnitate temporis, nec etiam in cafu noftro de iure communi, & fic, quòd ipfe affenfus non præfumatur eft indubitati iuris.

Ex ante dictis omnes difficultates, quæ motæ fuerunt per Dominum Aduocatum partis aduerfæ funt refolutæ, adeò, quòd nulla difficultas remanet circa primum, & fecundum dubium.

In tertio dubio principali concludebam aggregationem in præiudicium fucceffor ū poft mortem aggregantium non ualere, quod ex plurib. veriffimis rationib. & in iure fubfiftentibus probaui, vt videre eft in meo primo confilio.

Dominus Aduocatus partis aduerfæ non refpondit meis rationibus, fed conatur ex aliquibus fundamentis probare contrarium, referam quodlibet fundamentum feparatim, & cuilibet refponfum veriffimum dabo.

Primum igitur fundamentum eft dicêdo ex proceffu conftare aggregationes in iftis uniuerfitatibus fuiffe factas cum iure multiplicandi, & tenuiffe per tempus, cuius memoria non exiftit in contrarium, quod quidem tempus loco priuilegii facti a Principe ex certa fcientia fuccedit, ut poft Bald. tradit Dec. in conf. 496. colum. 2. num. 6. poft med. & hinc eft, quod licet in Ciuitate hac adfint tot aggregationes ad uniuerfitates iftas tamen omnes conquiefcunt.

Hoc primum fundamentum non obftat ex plutibus.

Primo teftes probantes confuetudinem non probant confuetudinem in aggregationibus locum habere in præiudicium fucceflorum, & aggregationes fine Regio affenfu factas ualere, & ita obferuari confuetum effe hoc erat neceffarium probare, cum de hoc principaliter agatur, immo neque articulatur, quod eft peius, vnde poteft ftare, quod adfit confuetudo aggregādi in præiudicium fucceflorum, uel quod adfit ipfa confuetudo aggregandi non in fucceflorum præiudiciū, uel quod extet dicta confuetudo, dummodo præcedat, feu fequatur Regius affenfus, & cum non probet hoc effe, quod ab hoc contingit abeffe. l. non hoc C. unde legit. ideo dicta probatio generalis, & non concludens, & incerta nihil operatur.

Secundo refpondetur, quod teftes per partem producti aliqui dicunt, quod in multis uniuerfitatibus obferuatur id, quod per cautelas fuit per uniuerfitates ftatutum, aliqui dicunt, quod aggregati non participant, & fic diuerfæ confuetudines in uniuerfitatib. funt adeo, quod erat neceffe probare confuetudinem iftam fuiffe in hoc Caftro Guafti, quæ particularitas non articulatur, nec probatur, ideo probatio facta non eft concludens, cum non fit certa, & probatio certa, & concludens effe debet. d. l. non hoc, & l. neque natales. C. de probat.

Tertio teftes, qui conantur illam confuetudinem probare funt de aggregatis, ut uidere eft in refponfionibus factis in interrogatoriis & fic per eorum intereffe deponunt. ideo nō probant. l. 3. ff. de teftib.

Quarto refpondetur, quod hæc confuetudo non eft in hoc Caftro, immo contrarium fuit ftatutum, ideft, quod forenfes, & qui nō funt de populo non poffint aggregari, ut apparet ex fcripturis præfentatis, quæ fcripturæ non funt copiæ, fed originales, & authenticę, & ideo hoc, quod fuit mediante contractu per hanc uniuerfitatem ftatutum, debet obferuari, cum in uniuerfitatibus obferuetur, quod per cautelas extat prouifum, & ordinatum, ut teftes examinati ad inftantiam partis probant, & fic nulla uis in cafu noftro fieri poteft in præallegata confuetudine, cum in hac uniuerfitate non folum, non adeft, fed immo contrarium obferuatur, & hæc eft realis refponfio.

Quinto, & vltimo, refpondetur, quod hæc confuetudo non tenet, quod verificatur hac veriffima. Illi poffunt confuetudinem inducere, qui fimiliter poffunt ftatuta condere,

28 & qui non poffunt ftatuere, illi neque confuetudinem inducere poffunt. DD. communiter in l. de quibus. ff. de ll. Bart. in conf. 136.

* Alex. in conf. 173. colum. fin. uerf. ultra prædicta. uolum. 6. Iaf. in l. fin. columna penultima, in fin. C. de teftam. & Federicus de Senis in conf. 91. Modo fic, tu fcis, quòd aggregare eft accipere aliquem ad communionem rerum uniuerfalium, & fic eft in partem alienare, cum remittere quempiam ad communionem territorii fit fpecies alienationis, vt dicit text. in cap. Regni. Pondus æquum, tu etiam fcis, quod hæc bona fiue fint feudalia, fiue demanialia, fiue fimpliciter uniuerfalia alienati non poffunt fine Regio affenfu in Regno, & probatur in conft. Conftitutionem diuæ memoriæ, & in d. c. pondus æquum, & de iure communi fine fuperioris auctoritate. l. fin. C. de uendend. reb. Ciuit. lib. 10.

29 His ftantibus tu fcis quod vniuerfitas, quę non habet iurifdictionem non poteft ftatuere in his, quæ fibi foli Princeps referuauit, ut in uenia ætatis concedenda, vt. C. de his qui uen. ætat. impetr. l. 2. idem in atrogatione, ut l. 2. ff. de adoptio. & in fimilibus tradit Bartol. in l. omnes populi, fub num. 26. in verf. fi uero

* fierent, quem ibi Doctores communiter fequuntur, & ratio eft quia tangit iurifdictionem fuperioris, & ideo non ualet. Alexan. in

conf.

cons. 33. numer. 14. in vers. tertio respondeo. Felyn. in c. constitutus, de rescript. & Oldrad. q. 97. Sed si loquimur de iure Regni in casu nostro Rex sibi soli auctoritatem, & assensum in alienationibus istorum bonorum reseruauit, & de iure communi superior, ut dictum fuit, igitur vniuersitates non possunt super eis statuere.

Si igitur statuere non possunt neque etiam possunt super eis consuetudinem inducere, & sic non ualet consuetudo aggregandi extraneos, & forenses, cum esset remittere ad communionem rerum istarum seu feudalium, seu demanialium, seu uniuersalium forenses, quæ remissio ad communionem istorum bonorum est species alienationis, & sic permitterentur mediante ista consuetudine in partem bona ista alienare sine Regio assensu, quod expresse prohibetur per d. c. Regni Pondus æquum, qui text. est in terminis pro decisione huius controuersiæ, & hæc responsio est verissima.

Secundum fundamentum D. Aduocati est dicens laudum de quo agitur nō esse proprie de aggregando ex causa lucratiua, ita quod ex aggregatione quasi alienatio læsio in præiudicium successorum sed esse de recipiendo in focularem ex causa onerosa respectu dictorum de Amiterninis qui contulerunt eorum territoria a dicto tempore citra iam unita, & incorporata montaneæ de Guasto, & proinde introitus quos percepere, & percipiunt non sunt non fuerunt de bonis, & introitibus successorum masculorum, sed de illis bonis unitis in beneficium vniuersitatis pro quieto, & bono pacis ad reddendamque extricatam, & liberam totam dictam montaneam, nec in ipsa apparerent diuisiones territoriorum alienorum, sed esset vnum corpus integrale, quod redundauit in euidens commodum, nam aliter homines illi de Guasto non permisissent ita fieri, & reclamassent, & dicto laudo non acquieuissent maxime quia potentior erat vniuersitas in qua tot familiæ includuntur, quam dicti de Amiterninis, adeo quod si impressio posset considerari ex persona Comitis Ludouici, verisimilior est ad fauorem vniuersitatis contra illos particulares, & non è conuerso, quãuis nulla impressio interuenerit, cum pro nobili uiro præsumatur. gl. in c. illud. 40. distinct. Andr. Barbat. consl. 62. volum. 1. vbi pro hoc dicit quod non præsumitur nobilis prodere Principem, cum adductis ad Andre. Tiraq. in tract. de nobilit. c. 20. nu. 20. & in fi. facit quod scripsit Oldrad.

Hoc secundum fundamentum non obstat ex hac consideratione aut D. Aduocatus prætendit uirtute laudi aggregationem istã valere, & hoc nō potest dicere, cum laudum sit nullum, vt demonstraui, & infra demonstrabo. Aut prætendit ualere aggregationẽ, quia facta fuit ex causa onerosa, & neque hoc dicere potest. Nam in uniuersitatibus sunt pupilli, horfani, & personæ miserabiles, & ideo æquiparatur pupillis, & minoribus, & loco ipsorum habentur, ne igitur decipiantur de iure communi in alienationibus, permutationibus, transactionibus, laudis, compromissis, vnionibus requiritur Iudicis decretum cum causæ cognitione, prout requiritur etiam respectu pupillorum, & minorũ, vt habetur in d. l. fin. C. de uenden. reb. ciuit. lib. 10. & de iure regni requiritur Regius assensus, vt constat ex cap. Regni incipiente, pondus æquum, vbi habetur quod unio territoriorũ inter duas vniuersitates facta sine Regio assensu non valet, & sic vnio ex causa onerosa cum uniuersitate facta sine Regio beneplacito nō tenet, unde respectu vniuersitatis Guasti dicta aggregatio, receptio ad foculare, & vnio territoriorum non subsistit, nam si non admittitur inter duas vniuersitates, quanto minus locum habebit inter vniuersitatem ex vna parte, & inter particulares ex parte altera, nam si de quo magis uidetur inesse, & non inest, igitur multo magis de quo minus, auth. multo magis. C. de sacrosanct. eccles. Aut prætendit debere aggregationem effectum habere etiam in præiudicium successorum, & neque hoc prætendere potest, quia cum filij succedant ex sanguine, etiam si non sint hæredes, & sic ex pacto, & prouidentia primorum parentum, seu ex Regia concessione, & propterea cum bona subiecta sint restitutioni, vt probari in primo meo consilio, & infra demonstrabo nulla ordinario in præiudicium filiorum fieri potest, & facta non tenet. l. fi. & authent. res quæ. C. comm. de legatis.

Apparet ex hac reali demonstratione supradictum argumentum non subsistere, & nihil in effectu concludere.

Tertium fundamentum est, concludendo omnes successores in dicta vniuersitate fuisse hæredes ipsorum patruum a die acceptationis dicti laudi, & neminem præsupponi quod non fuerit hæres, sed ueniat ex propria persona iure sanguinis, propterea teneri 30 ratum habere factum suorum maiorum, quorum per medias personas vsque nunc sunt, & fuerunt hæredes. l. cum a matre. C. de rei vendicat. l. quæ a patre geruntur. C. de restitut. milit. Ang. in l. procurator. §. si procurator. ff. rem ratam haber. Afflict. decis. 285. num. 1 t. & decis. 111. hæres etiam, & defunctus vna, ac eadem est persona, vt in auth. de iure iur. a morien. præst. in princ. & habetur in l. quia tale. ff. solut. matrim.

Hoc aliud fundamentum non subsistit.

Primo in compromisso multi de populo non interficiunt, & aliqui compromissum fecerunt, & idem est, quando laudum fuit prolatum, adeo, quod respectu absentium argumen-

mentum non tenet, respectu uero præsentium, & laudum acceptantium neque tenet ex duobus.

Primo D. Aduocatus præsupponit istos ad præsens de uniuersitate fuisse saltim mediis personis hæredes compromittentium, & illorum, qui laudum acceptauerunt, quod neque articularur neque probatur; & cum in hoc se fundet debebat probare, nam, uti actor probare debet eius intentionem. l. 2. de probation. & l. 2. C. eo. tit. ita, & reus eius exceptionem, cum loco actoris habeatur. l. in exceptione. ff. eo. tit.

31 Secundo, illa propositio, quod hæres factũ defuncti approbare teneatur non procedit in facto inualido defuncti, nam illud approbare seu confirmare non tenetur, & ideo contra factum defuncti uenire potest. Afflict. decis. 240. num. 8. Socin. in cons. 79. num. 47. uol. 4. Curt. iun. in cons. 125. num. 10. Aret. in cons. 323. num. 7. Paris. in cons. 33. colum. fin. uol. 3. Marian. Socin. iun. in cons. 77. num. 134. volumine primo, Aym. Crauet. in cons. 210. columna secunda, & Grammat. decis. 93. nu. 8. Sed in casu nostro compromissum non tenuit, & laudum inde secutum fuit inualidum, vt in primo meo consilio demonstraui, & infra demonstrabo, igitur isti ad præsens de uniuersitate quatenus essent heredes illorum, qui compromiserunt, & laudum acceptauerunt, non tenentur factum parentum approbare.

32 Confirmatur hæc ratio. Dicta l. a matre, non procedit, quando alienatio reperitur facta contra legis prohibitionem, quia eo casu hæres non tenetur factum defuncti approbare. Bald. in cons. 161. uolum. 5. refert, & sequitur Grammat. in decis. 93. nu. 9.

Sed in casu nostro dictum compromissum ipsumque laudum, ipsa aggregatio, seu acceptio ad foculare, & consequenter alienatio sine Regio assensu facta contra legis prohibitionẽ non tenet, ut demonstraui. igitur hæredes factum hoc parentum approbare non tenentur, & illi contrauenire possunt.

Vides igitur, quod hoc aliud tertium fundamentum in iure non subsistit in præindicium successorum, prout in casu simili determinauit Sacrum Concilium. teste Gramm. in decis. prædicta 33.

33 Quartum fundamentum est istud, considerandum enim est istos Amiterninos fuisse, & esse possessores bonæ fidei: titulus enim dicitur iusta causa possessionis. Bald. in l. Ancillæ in 4. oppos. C. de furt. & ex titulo resultat ipso iure bona fides. Alex. cons. 24. volumine 5. Dec. in cons. 266. quæ regulariter præsumitur, adeo, quod non est opus allegare, ut post Abbatem tradit Felin. in c. fi. colum. 5. num. 8. de præscription. quæ etiam ex scripturis resultat, cum faciant credulitatem probabilem quæ habet uim tituli. Aret. in cons. 42. Alex. in d. cons. 24. columna penultima, num. 19. 20. & 21. uolum. 5. & denique quilibet præsumitur possidere ex titulo præcedenti. l. 2. ubi Bart. C. de acqu. possess.

Cum igitur pro dictis Amiternitis adsit titulus ex compromisso ex laudo acceptato, & emologato, & visque nunc obseruato per spatium octuaginta nouem annorum, nulli dubium esse debet ipsos esse possessores cum iusto titulo, & bona fide, quæ bona fides potest procedere etiam ex iniustis, & temerariis rationibus, vt post glossam notabiliter scribit Bald. in l. 1. in fi. C. vbi cau. status. Dec. cons. 272. vbi num. 9. & idem voluit Paul. de Castr. in l. celsus. ff. de vsucapio. quem sequitur Afflict. decis. 40. num. 11. & Baldum com probat Iacobus Mandell. Albens. cons. 64. nu. 63. Hoc stante si reuocatoria fortasse posset dictæ uniuersitati competere, quod expressè negatur, & per uiam iuris nunquàm contingere poterit, vtique dictis Amiterninis deberent restitui ipsorum bona, & territoria unita montaneæ de Guasto, nam si in feudo empto bona fide in requisito domino tanquàm esset res burgensatica, uenditor tenetur restituere pretium. gl. in d. c. imperialem. in uer. bonæ fidei, in princip. de prohibit. feud. alien. per Federic. & non solum pretium, prout res illa empta fuit, sed etiam prout nunc ualet. Bart. in l. 1. circa fi. ff. de euictionibus. Paul. de Cast. in l. Titius. la prima, de actio. empt. Afl. in decis. 278. a fortiori in burgensaticis si de possessiones meas resoluto contractu, stante bona fide debeo illas recuperare. arg. l. empto rem. §. ibidem. ff. de actio. emp. maxime cum rescissio istius laudi prætendatur ratione solemnitatis omissæ. Bald. in l. si prædium. C. de prædi. & aliis reb. min. Secus, quando rescinderetur ex defectu causę, de quo per Bar. in l. cum hi. § causa. ff. de transact. Afflict. in d. decis. in fin. num. 6. uers. & ideo. Sed ista bona nunc propter commixtionem, unionem, & incorporationem sunt omnino incerta, igitur debet stare instrumentum, quod per annos circiter nonaginta stetit, & fuit obseruatum, cum impossibile esset deuenire ad debitam restitutionem, quę de iure deberet fieri, licet fieri non debeat, & casus præsuppositus restitutionis non habeat stabile fundamẽtum reluctante dicto laudo emologato, & per tantum tempus a partibus, vt supra obseruato, quod perpetuo obseruandum erit; nam durum admodum videretur, quòd isti Amiternini publica, & uniuersali auctoritate, circumuenti essent remansuri. l. 1. C. de his, qui uen. ætat. impetrar. l. Barbarius. ff. de offic. prætor. & l. 1. § sed, & qui. C. de latin. libert. tollen. Signorol. de homod. in cons. 102. & cum confinia agnorum ob temporis antiquitatem sint mutata facto dictæ uniuersitatis, quæ vniuit totum territorium ei incumberet onus probandi eosdem fines,

il-

illosque indicandi, quod petere possent dicti actores.arg.l.1.quod autem.ff.quorum legat. & in l. qui petitorio. de rei uendicat. Ang.in l.si in rem eo.tit.Guliel.de Cun. in l. cogi.ff.de petit.hæred.Paris.de Put. in tract. de reintegrat.feud.in tit.de finib.c.2.incip.ad discernendum.nu.7.& alibi.

Hoc quartum fundamentum in substantia nihil concludit, & vt veritas faciliter discernatur discurrendum est super dictis per Dominum consulentem, & imprimis præsupponit istos de Amiterninis habere iustũ titulum, bonam fidem, & legimam possessionis causam uirtute laudi. Hoc primum præsuppositum in iure nõ subsistit, quia certum est casu de iure communi, quam de iure regni dicta bona, seu feudalia, seu demanialia, seu uniuersalia non potuisse alienari sine Regio beneplacito, nec uniuersitatem sine eo potuisse transigere, & territoria unire, nec non certum est bona ipsa restitutione esse subiecta, cum filii ex sanguine succedant etiãsi non sint hæredes, ut ipsi de Amiterninis in eorum, exceptionibus dicunt, & probãt. Hoc stante sequitur, quòd cum propterea, nec cõpromissum, nec laudum inde latum super dictis bonis de iure subsistat, ut in alio meo consilio probaui, & infra probabo isti de Amiterninis in iure errasse dicuntur, qui iuris

34 error non causauit, nec causat titulum, seu iustam causam possidendi, quia bona fides cessare dicitur.l.nunquam. in princ. & in l. si fur.§.1.ff.de usucap.& utrobique Bart. Ang. Imol.& Paul.de Castr. Abb. Anton.de Butr. & Felin.qui testatur de communi, in cap. de quarta.de præscript. Aegid.decis.102.& Rota Romana in nouis. decis.473. quæ conclu-

35 sio procedit non solum in præscriptione triginta, uel quadraginta annorum. Curt.iun.in cons.185.num.5.& Ruin.in cons.150.columna 5.uolum.4.vbi ait hanc opinionem esse ve

** riorem, & magis communem, sed etiam procedit in præscriptione tanti temporis, quòd non sit memoria in contrarium secundum Paris. in consilio 27. numero 136. volumine primo.

Secundo præsupponit ipsis de Amiternino fore bona eorum restituenda. Hoc quatenus apparent bona uniuersitati tradita non negatur, sed dicitur propter laudum bona tradita fuisse non probari, nec in hoc credendum est ipsi de Amiternino, nec hominibus de uniuersitate, qui in laudo interuenerunt, nec laudo cum fieret actus a iure prohibitus, ex quo sine Regio assensu in casu nostro, nec compromissum fieri poterat, nec laudum proferre, ut dixi, & infra demonstrabo, & in prohibitis sed certo casu permissis non eredi tur partib.l. si fortè.ff. de castren. pecul.Dec. in cons.544.& Roland. a Valle in cons. 5. nu. 6.uolum.1.

Tertio præsupponit, quòd bona istorum de Amiterninis sint omnino incerta, & debet ideo stare instrumentum laudi, quod per annos circiter nonaginta stetit, & maximè ne publica, & vniuersali auctoritate decepti reperiantur. Hoc aliud præsuppositum non subsistit.

Primo negatur bona ista, si affuerunt, esse ad præsens incerta, parti enim hoc dicenti, cũ eius intentionem concernat, non creditur. l. 2.de probat.cum vulgarib. laudum enim latum fuit in anno 1516.vt videre est ex lectura ipsius, adeò, quod est tempus annorum septuaginta nouem, & non annorum circiter nonaginta, & in Castro Assenici, cuius homines semper cultiuauerunt, & cultiuant possessiones, & territoria dicti Castri, sunt homines, & multi, qui sunt annorum nonaginta, nonaginta quinque, & centum, adeo, quòd non adest tanta temporis diuturnitas, quin de facili, & possessiones, & confinia sciri non possint.

Quarto, & vltimo D. Aduocatus in hoc suo fundamento præsupponit, quòd cum hodie possessiones Amiterninorum, & respectu locorum, & cõfinium sint incertæ, quòd laudum debet stare, licet a principio fuerit nullum. Hoc præsuppositum, & hæc consequentia non tenet, neq; de iure subsistit, nec respectu hominum de vniuersitate, qui laudo interfuerunt, nec respectu successorum.

36 Respectu utriusque non tenet, quia, quod a principio non tenet tractu temporis conualescere non potest.l.quod ab initio.ff.de reg.iu. & l.inter stipulantem.§.sacram.ff.de uerbor.

37 oblig. quod procedit præcise in laudo; quia laudum, quod a principio fuit nullum, tractu temporis non conualescit. Bald.in tit.de pace constans in uers.sententiæ quoque. Roma.in cons.160.Ang.in cons.218.& Dec.in d.l.quod ab initio.no.2.

Respectu successorum nõ tenet, quia hæc bona uniuersalia cum sint restitutioni subiecta, ut probaui in alio meo consilio, & infra demonstrabo, maiores nõ potuerunt successoribus præiudicare, cum hæc bona non ab ipsis, sed a prouidentia primorum parentum, seu ex Regia concessione habeant, ut est in feudis ex pacto, & prouidentia, vt sunt ista bona, uel, ut est in bonis fideicommisso subiectis. l.final. & authent. res, quæ.C.commun. de success. nam uti transactio non nocet ter-

38 tio. Doctores in c.quamuis. de re iudicat. ita nec laudum, quod est species transactionis, seu transactioni æquiparatur. Dec. in consilio 198. columna secunda, & Bart. in auth. si vero.C.de re iudic.

Et si hæc consequentia teneret, inuentus esset modus fraudandi iurisdictionem sacræ, & Catholicæ Maiestatis, & successorum in bonis istis uniuersitatis.

Nam, quando aliquid uniuersitates facere uellent absque Regio beneplacito, & in præiudicium successorum bonorum uniuersalium, possent cum partibus fingere fieri com

pro-

promissum,& deinde sequi laudum,& in eo ponere territoriorum uniones sine loco, & confinibus ad hoc,ut tractu temporis, quod est nullum propter incertitudinem locorum & confinium possessionum conualidaretur, quod est absurdum, & plura inconuenientia sequerenrur.

Primo, quòd daretur occasio fraudandi Regiam iurisdictionem.

Secundo inuentus modus fraudandi successores in his bonis vniuersalibus, quod nō debet permitti cum fraudibus sit obsistandum.clem.1.§.fin. & ibi Cardin. de concess. præbend.c.sedes de præscript.c.quanto. de diuort.l.in fundo. de rei uendicat. & clem.1. & ibi gl.& Card.de usur.

Tertio tu scis compromissum in his bonis non tenere,& laudum inde secutum ipso iure esse inualidum. Si tu modo tenes ualere propter incertitudinem possessionum unitarum respectu locorum,& confinium,utrique sequetetur inconueniens.quod in prohibitis sed certo casu permissis crederetur partibus nam in casu nostro partibus crederetur tam circa unionem, quam circa incertitudinem locorum, & confinium. Sed hoc dicere est absurdum.l.si forte.ff. de Castren. pecul. igitur absurdum,& inconueniens est etiam dicere laudum propter incertitudinem locorum,& confinium possessionum confirmari,& quòd ex diuturnitate temporis unio territoriorum ab uniuersitatibus facta sine Regio assensu non teneat est. tex. in d.c.pondus æquum.

Ex prædictis considerationibus aperte constat hoc fundamentum, & maxime in præiudicium successorum non tenere, & nihil in substantia concludere, si ueritatem amamus.

Quintum, & ultimum fundamētum est, Successores de Guasto ex alio non posse aspirare ad infringendum dictam responsionem in focularem cum executione, de qua in laudo.Nam cum in Ciuitate ista Aquilæ Ciuilitas repræsentetur per istas suas uniuersitates quas intus se retinet, ita, quòd nullus possit esse Ciuis Aquilanus, qui non sit de aliqua ex istis uniuersitatibus.quæ subsunt quatuor quarteriis,per quę Ciuitas est diuisa,receptio in focularem in nil aliud sonat,quàm in receptionem in ciuem,siue ad Ciuilitatem. Sed ista receptio potest ex causa fieri, ita, quòd successores illi stare teneantur,non obstante quod Ciues nouiter recepti ab honoribus,& emolumentis participent,dummodo onera, & munera realia, ac personalia, sustineant.l. ciues C.de incol.lib.10. Neapodan.in proœm. consuetud. Neapol.§. audiuimus equidem, num.176.fol.10 in antiq.& in constitut.si est quæstio.num.4 fol.101.ergo idem erit in casu nostro,nam isti de Amiterninis senserunt omnia onera imposita Ciuitati,aut per Ciuitatem Castris,& uniuersitatibus pro rata particulariorum in ipsis Castris existentium.

Quinimmo cum dictum tempus octuaginta nouem annorum ijdem de Amiterninis fuerint numerati foculares in dicta uniuersitate Guasti , sal a Regia Curia receperint, de quarterio Sanctæ Mariæ se gesserint, in quo adest eadem vniuersitas, munere persoluerint in hospitando Regios milites, atq; denique in omnibus oneribus realibus , & personalibus ipsi uniuersitati impositis , ipsamque tangentibus, & signanter in officiis syndicatus,& massariarus, quæ non sustulissent,nisi fuissent habiti,ut ciues,& ueri foculares de Guasto,merito non potest nunc dubitari de receptione sub prætextu asserti prę iudicii successorum,ita in fortioribus terminis concludunt Felin. in c. quoniam,colum. 3.num.3.uers.& adde. de offic. ordin. Nicol. Boer.decis.260.num.11 & 12.est certe huius modi solutio signum subiectionis. § si quis igitur ex qualibet.& ibi gl.in uerbo persolui. in auth.quib.mo.natur.effic.sui l.3.& ibi Bal. C. de natural. lib. & hinc succedit regula, quòd qui incommodum patitur,debet, & is sentire commodum. l. secundum naturam. ff. de reg. iu. l. qui sub prætextu.C. de sacrosanct.eccles.l.1.C.de colleg. lib. 11. maximè, quia dicti Amiternini dederunt eorum territoria fructifera tempore quo montanea prædicta exiguos habebāt redditus, cum esser siluosa, & nemorosa , prout aliæ etiam montaneæ antiquitus erant.

Hoc quintum fundamentum nō resoluit difficultatem, & hoc esse uerum, sic apertè demonstratur.

D. Aduocatus in hoc suo fundamento.

Primo præsupponit quòd nemo huius Ciuitatis Ciuis esse possit nisi in Ciuilitatem recipiatur ab aliqua ex dictis vniuersitatibus iutus Ciuitatem existentibus. Hoc per partem non articulatur,nec probatur,& in facto non est sic,sed quædam imaginatio , cum forenses non ab vniuersitatibus sed a Ciuitate creantur,ut est notorium,& tota die uidemus, & ideo Illustris Dominus Iudex non debet hæc intuere, cum trita sit regula Iudicem debere iudicare secundum allegata, & probata,& sic secundum processum. l. illicitas ff de offic.præsid.

Secundo præsupponit,quòd uti onera realia, & personalia substinent ita debent etiam commoda sustinere. In facto non est sic.Ciuitas Ciues creat , & quando hospitationes militum succedunt , seu alia onera ueniunt, & non uniuersitatibus,& Ciuitas postmodū milites,& alia onera tam realia, quàm personalia Ciuibus distribuit non solum illis, qui sunt ex dictis uniuersitatibus,sed etiam aliis, qui ex nulla uniuersitate sunt, & proprii huius Ciuitatis sunt Ciues , & sunt infiniti , & quando uniuersitatibus onera imponit, illis in uniuerso imponit, adeo, quòd onera vniuersitates in uniuersitate sentiunt, & non in

parti-

particulari,& sic expenduntur introitus uniuersales, & homines illarum uniuersitatum in particulari nil oneris sentiunt,& propterea consideratio ipsa fortassè esset facienda respectu Ciuitatis,& non vniuersitatum, nam respectu ipsarum appellatur proprie apud omnes aggregatio ad bona uniuersalia,& sic est remittere ad partem illorum bonorum communium,& vniuersalium,seu feudaliũ, seu demanialium,& sic proprie est species alienationis, quæ sine Regio assensu non tenet, quod procedit siue aggregetur,quis ex causa lucratiua, seu ex causa onerosa, nam si fiat unio territoriorum inter vniuersitates,& sic ex causa onerosa,& non tenet sine Regio decreto,quanto minus absque dicto decreto ualebit prædicta unio inter vniuersitatem ex una parte,& inter particulares ex altera,quod demonstratur hac euidenti ratione vltra alias dictas supra,& in primo consilio.

39 Vniuersitates pupillis,& minoribus æquiparantur. Bart. in l.1.§.fin.ff.quod cuius.vniuersit. nom. & ideo uti pupilli,seu minores, seu eorum tutores,seu curatores nō possunt bona ipsorum alienare sine causæ cognitione & absque iudicis decreto.l.magis puto.§.nō passim.ff.de reb.eor.Ita uniuersitates,seu eorum administratores non possunt alienare,& mittere aliquem ad communionem bonorum uniuersalium sine causæ cognitione,& absque decreto de iure communi, sed in Regno absque Regio assensu, & si non ualet alienatio in præiudicium alienantium,quanto minus ualebit in præiudicium successorũ, qui ueniunt non, vt hæredes, sed ex prouidentia primorum parentum, seu ex Regia concessione, & ex hoc apparet responsum datum ad tex.in l.Statius Florus.§.Cornelio Felicio.ff.de iu. fisci. non susistere dum dicit procedere in fideicommissis, quæ non possunt alienari, quod secus est in his bonis uniuersalibus.

Et ut inductio per me facta remaneat firma, & responsio per Dominum Aduocatũ partis aduersæ facta reddatur euacuata, duo sunt præsupponenda.

Primum est, bona ista uniuersalia absque Regio decreto non posset alienari,quæ conclusio fuit reddita absque dubio, & est uerissima.

Secundum est, quòd ad bona ista succedunt filii etiam, quòd non sint hæredes, & si non habent a patre, sed a primis parentib. seu ex Regia concessione,& ideo in necessariam consequentiam subiecta sunt restitutioni,nam ius in his uniuersitatibus dicitur datum per ordinem,ut in uita patris habeat pater,& post mortem filius.l. fin. C.de verb. signific. & quòd hæc sit natura harum uniuersitatum articulatur, & probatur per ambas partes, adeo, quod hæc conclusio est indubitabilis.

Stantibus his præsuppositis,seu conclusionibus sequitur inductio uerissima,nam sicut bona fideicommisso subiecta eo,quia restitutioni sunt subsuissa,& eo,quia fideicommissarius fideicommissum non ab hærede,sed a primo testatore habet,& ex eius prouidentia alienari non possunt in præiudicium fideicōmissarii ita arguendo a simili,& identitate rationis hęc bona,seu feudalia,seu demanialia, seu simpliciter uniuersalia non possunt in præiudicium successorum alienari,tam,quia filii ea habent non ex facto patrum, sed ex prouidentia primorum parentum, seu ex Regia concessione, seu ex natura dictorum bonorum,& tum,quia subiecta sunt restitutioni apparet igitur iurisdictionem factam ad d. §. Cornelio Felici, esse uerissimam,& responsionem huic inductioni datam penitus non subsistere.

Ex his redditur uera conclusio facta per me in primo consilio, idest aggregationem in præiudicium successorum non ualere, a qua conclusione si ueritatem amamus in iudicando non est discedendum.

In quarto dubio dicebam laudum non valere ex duobus.

Primo, quia erat contra capitula uniuersitatis.

Secundo, quia erat compromissum factum sine Regio assensu, & similiter laudum sine eo prolatum erat, & ideo non ualere.

Tertio dicebam ex ipso laudo successionibus præiudicium non inferri.

D. Aduocatus partis aduersæ conatur respondere ad rationem primi capitis,dum per eam demonstrabam laudum latum contra capitula uniuersitatis non ualere.

Primo respondendo dicit non posse tractari de dispositione statuaria, cum copia copiæ quorumdam assertorum capitulorum non sit copia alicuius statuti ipsius uniuersitatis,quæ non potest statuta condere,cum non habeat aliquam iurisdictionem,cumque eadem prætesa capitula causarum decisionem respiciant, & non solam administrationem rerum suarum,non tenent sine superioris auctoritate,ut per Bart.in l.omnes populi.nu.3. & 7.ff.de iust.& iu.facere enim statuta est iurisdictio in genere sumpta,ut patet ex diffinitione.l.1.ff.de iurisdic.omn.iud.& Bart.dicto num.3.declarat,quid dicatur respicere administrationem bonorum suorum,idest de expendenda pecunia communis, ut per eum, qui ibidem subdit talia etiam statuta si ambitiosa sint non tenere,ut l.ambitiosa.ff. de decret.ab ord. facien. & quoniam, qui contraxere possunt, & potuerunt ab illo contractu discedere.l.ab emptione.ff.de pactis.non est ex hoc præsupposito aliqua nullitas dicti laudi deducendi.l.nihil tam naturale.ff.de regulis iuris.

Hæc prima responsio non obstat.

40 Primo, quia omnis populus carens iuris-

di-

dictione poteſt facere ſtatutum. Bald. Alber. & Crotus in l. omnes populi.ff.de iuſt. & iu. idem Bal. in l. 2. in 3. notab. per illum tex. C. conſt. pecun. & in l. de quibus. ff. de legibus. Alex. in l. 1. in 3. col. de iuriſdict. omn. iud. Canoniſtæ in c. quod clericis. de foro compet. & Alber. in 1. p. ſtaturorum in 5. q. ubi pro hoc multa allegat, & fundamentum Bart. non eſt uerum dum dixit, quòd condere ſtatuta eſt iuriſdictionis, quia d. l. omnes populi permittit cuilibet populo facultatem condendi ſtatuta, nec diſtinguit inter populum habentem iuriſdictionem, & non habentem, ergo nec nos diſtinguere debemus. l. de pretio. ff. de public. in rem actio.

Secundo non obſtat, quia uniuerſitates terrarum, & populi poſſunt conſtitutiones facere, quæ dicuntur capitula, ſeu ſtatuta, ſeu leges municipales, uel ius non ſcriptum, ſicut conſuetudo ſcripta, & non ſcripta, ita notabiliter dicit Andreas de Iſern. quem refert & ſequitur Matthæus de Afflict. in quæſt. 3. dummodo in rebus propriis, quia in re ſua quilibet eſt moderator, & arbiter. l. in re mandata. C. manda. allegatur Innocent. in c. cum acceſſerit. de conſtit. vbi dicit, quòd vniuerſitates in reb. ſuis poſſunt facere ſtatuta. arg. ff. quod cuiuſque uniuerſ. nom. l. 1. §. 2. & l. dudum. C. de contra. empt. & Afflict. d. q. 3. dicit, quòd hæc procedunt in uniuerſitatibus non habentibus iuriſdictionem, ſicut communiter ſunt uniuerſitates Terrarum huius Regni, quæ non habent iuriſdictionem, cum omnis iuriſdictio ſuper omnibus Ciuitatib. & terris, & caſtris Regni eſt Domini Regis, & illorum, qui habent a Rege, vt dicit And. de Iſern. in proœm. conſt. Regni, & hæc concluſio eſt ueriſſima.

Sed in caſu noſtro hæc uniuerſitas ſtatuit ſuper rebus propriis dictæ uniuerſitatis ideſt pro conſeruatione uniuerſitatis, & ne bona ipſa diminuantur, quòd non liceat forenſes aggregare, & ſic extraneos ad communionem rerum uniuerſalia remittere, quæ eſt ſpecies alienationis, adeo, quod ſtatuitur ne bona ipſa communalia alienentur, & ſic concernit res proprias, & non deciſionem cauſarum, vt lippis, & tonſoribus patet, igitur dicta vniuerſitas potuit dictum ſtatutum condere, vt habetur ex Afflic. in d. q. 3. qui loquitur in terminis noſtræ concluſionis, & cum ipſa vniuerſitas ad inuicem ſe obligauerit ſub pœna ad obſeruantiam talis ſtatuti, huiuſmodi impoſitio pœnæ eſt ualida. Innoc. in c. cum omnes, de conſtitut. tradit etiam Crotus in repetit. d. l. omnes populi, colum. 5. verſ. fallit, & tertio.

Secundo reſpōdit, dicta capitula non fuiſſe vſu ac moribus utentium recepta, nec conſtare illa fuiſſe, & eſſe in viridi obſeruantia, quo caſu ſtatutum non ligat. gl. not. in c. 1. de treg. & pace, vbi poſt alios communiter late Felin. Socin. in l. ſi filius eius, qui in poteſtate, num. 7. ff. de lib. & poſth. & Dec. in conſ. 649. ad hoc autem quod dicatur non receptum ſufficiunt decem anni. Ant. de Butr. Cardin. & Imol. in c. 1. de treg. & pace, & Cephal. in conſil. 47. lib. 1. & ſimplex non vſus ſciente, & non contradicente ſuperiore. Pariſ. in conſil. 105. nu. 8. vol. 4.

Hæc alia ſecunda reſponſio non ſubſiſtit, nam dictum capitulum, vna cum alijs capitulis ſtatutis, & ordinationibus eſt in uiridi obſeruantia, illud enim præciſe fuit obſeruatum inuiolabiliter, & obſeruatur. Creditur lex ſemper vigere, & robur habere, niſi per deſuetudinem ac contrario vſu probetur ab eo, qui conſtitutionem prætendit moribus populi non fuiſſe obſeruatam. Dec. in conſil. 649. & Gozzadin. in conſ. 16. quamuis proponat negatiue, cum ſit fundamentum intentionis ſuæ. l. pen. §. docere, ne quis eum qui in ius voc. & is qui ſtat pro lege, vel ſtatuto intētionem habeat bene fundatam. Dec. in conſ. 534. & Marc. Anton. Natt. in conſ. 340. num. 20. volum. 2. Vnde cum pro parte de Amiterninis non articuletur, nec probetur dictū ſtatutum contrario vſu fuiſſe derogatum, non eſt uerbis ipſorum, nec D. Aduocati credendum.

41 Item ad maiorem huius rei dilucidationē ſciendum eſt legem ſeu ſtatutum per non uſum non tolli. Cyn. in l. 2. C. quæ ſit longa cōſuetud. omnes vniuerſaliter in l. rem non nouam. C. de iudic. & in l. facto. C. de diuerſ. præſcript. Aretin. in proœm. Inſtit. in §. igitur, num. 2. Andre. de Iſern. in prin. lib. feudi nu. 20. & in c. ſi ruſticus, de pace tenen. & eius violat. Afflict. in conſtit. ſancimus. Brun. in conſ. 99. Alexan. conſ. 45. num. 5. & in conſil. 196. num. 15. volum. 2. Felin. in c. 1. colum. 4. & ſeq. de treg. & pace. Petr. Rauen. in tractat. de conſuetud. ſectione 4. num. 58. & Viuius in lib. 2. ſyluæ commun. opinion. in opin. 831. vbi ait ita fuiſſe per ſacrum conſilium deciſum, & hæc eſt ueriſſima, & magis communis opinio.

Item reſpondeo, quod ad hoc vt ſtatutum per contrarium vſum tollatur de neceſſitate requiritur, quod ipſe contrarius vſus inductus obtentuſque eſſet in contradictorio iudicio, vel ſciente, & non contradicente domino. Bero. in conſ. 173. num. 61. volum. 1. quod non eſt in caſu noſtro.

Ex antedictis conſtat hanc ſecundam reſponſionem in iure non ſubſiſtere.

Tertia reſponſio facta per D. Aduocatum eſt, & dicens quod dicta receptio fuit facta ex cauſa utili, & pro beneficio vniuerſitatis, immo ex cauſa neceſſaria, vt montanea non deguaſtaretur per intromiſſas poſſeſſiones Amiterninorum, & vt commodius annuatim uenderetur ad paſcua ſumendum, ita ut eſſet vnum corpus, quod probatur ex ipſis aſſertis capitulis, in quibus dicitur, quod nullus de populo poſſit uendere poſſeſſiones, quas

quis haberet in territorio de Guasto alicui personæ nisi ipsimet populo pro iusto pretio, ideo statutum loquens de receptione præiudiciali non habet locum in contractu non præiudiciali, arg. eorum, quæ ponit Bald. in l. certum, in penult. colum. C. vnde legit. allegans gl. in l. 1. §. item exigit, uers. sed si quis vtroque, de bonor. possess. secun. tabul. facit dictum Bald. in l. neque. C. de contra. & committ. stipulat. per illum text. quod statutum prohibens contractus mulierum, & minorũ non valere sine præsentia propinquorum, nõ habet locum in vtilibus, sed intelligendum est de damnosis, ac etiam quod scribit Ias. in l. is cui bonis, in notabilibus. ff. de verb. oblig. qui vult, quòd eadem lex. is cui. & aliæ leges prohibentes prodigos contrahere non habeant locum, quando contrahunt ad sui vtilitatem; & faciunt actum sibi proficuum, & quæ scribit Grat. cons. 82. nu. 12. lib. 1.

Et in quantum dicta capitula præcipiunt, ꝙ foculares recepti in vniuersitate non possint multiplicare focularia in futurum sunt irrationabilia ex ijs, quæ scribit Bar. in d. l. omnes populi. nu. 30. vbi dicit, quod si statuto caueatur, quòd, qui venerit ad habitandum in tali Castro habeant immunitatem perpetuo, & quidã venerunt, Ciuitas aũt nunc velit reuocare statutũ ne illi gaudeant immunitate certè (inquit) non poterit in præiudicium eorũ, qui iam uenerunt, secus in his, qui non dum uenerunt, nam dictum statutum transiuit in contractum, uel quasi contractũ dò, vt facias, vel facio, vt facias. i. concedo sibi immunitatẽ ut uenias, si aliqui uenerunt ex utraq; parte perfectus est contractus, & ideo nõ est locus pęnitentię, sed ante quam ueniant sic l. si pecuniam. ff. de condit. ob caus.

Hæc tertia responsio in iure, & in facto nõ subsistit, nam primo pręsupponit Amiterninos dedisse possessiones pro dicta receptione uniuersitati, hoc non probatur nisi ex laudo, cui non creditur, ut supra latissime demonstraui. Secundo præsupponit possessiones traditas, si traditæ fuerunt, fuisse, & redũdasse in vtilitatẽ uniuersitatis, hoc non probatur, nec parti creditur. arg. l. si forte. ff. de Castrens. pecul. nã cũ hoc sit eius intẽtionis, & fundamẽti debebat pars allegare proponere, & probare, & cũ non fuerit probatũ ei non creditur. l. 2. ff. de probat. Tertio præsupponit statutum non esse intelligendũ, qñ in uniuersitatis utilitatẽ redundat, hoc præsuppositũ non tenet, qñ per oẽs de populo reuocatio non fit, ut est in casu nostro, ut tradit Gramm. in cons. ciuil. 71. nec procedit, qñ per secundum expresse non reuocatur primũ. Bart. in d. l. oẽs populi, q. 43. princ. in 7. col. uers. circa secundum, nec procedit ubicũq; statutũ transit in contractũ, nã tunc est irreuocabile. iux. not. in c. nouis. de iudic. & per Bar. in d. l. omnes populi. & in l. pen. ff. de decret. ab ord. facien. Quarto præsupponit hoc statutum est irrationabile hoc non potest stare, cum statutum disponat id, quod per ius cõe disponitur, cũ per illud prohibeatur alienatio rerũ uniuersaliũ saltim sine causæ cognitione, & absq; decreto, & quod in cõprobationẽ sui d. allegat, facit pro nobis cũ primũ statutũ fuerit ante laudum, & non post laudum, & sic forenses isti tempore statuti nullum ius habebant. Vides igitur, quod hæc ratio non obstat, & maxime cum vnum in facto præsupponatur, quod non probatur, idest laudum ob commixtionem territoriorum redundasse in utilitatem uniuersitatis, non est igitur in hac responsione lus faciẽda.

Quarto D. Aduocatus respondit tradita per Dec. in d. c. 2. de testib. procedere ubi prohibitio in iure cõi feudaretur, secus si contineret ius speciale, ut in proposito de non recipiẽdo aliquem in ciuem, & focularem, ut per Cyn. in l. non dubium. C. de ll. tunc. n. sufficit pœna generalis absq; pœna speciali nullitatis actus. Cynunq; sequitur Bal. ibi nu. 28 uersic. Dominus Cynus. ubi opinionem eiusdẽ Cyni defendit ab impugnatione Bartoli in l. ait prætor. ff. de noui oper. nunciat. idemq; tenet Cœph. in cons. 47. uol. 1. Hęc quarta respõsio neq; subsistit, quia dicta per Cyn. & Baldum procedunt, qñ prohibitio fit sub pœna, secus si fiat prohibitio simpliciter, & deinde in casu contrauentionis imponatur pœna, nã tunc ultra pęnam actus est nullus. Dec. in d. c. 2. & in hoc casu nos loquimur, ut deduxi prætera. Hæc responsio retorquetur in contrariũ, nam Cyn. & Bal. uolunt, quod, quando prohibitio, fundatur in iure communi, & tũc pęna non facit cessare nullitatẽ, ut uidere est in fonte ex lectura Baldi, sed prohibitio in casu nostro non fundatur in iure speciali, sed in iure cõi, quia, quòd bona uniuersalia non alienentur, nec, quòd aliquis ad communionem recipiatur in d. bonis est de iure cõi, ut latissime supra demonstratum fuit, igitur etiam secundum opinionem Cyni, & Baldi actus iste factus ultra pœnam est nullus, & sic hæc responsio in contrarium retorquetur. Quinto

42 D. Aduocatus respondit d. statutum non cõpræhendere casum iuratum, & sic ad casum d. cõpromissi cũ necessariis clausulis, & iuramentis initi. gl. fi. in auth. sacramenta puberũ. C. si aduers. uend. vbi ẽt scribentes. gl. fin. in c. cum non doceat. de elect. lib. 6. Alex. in cons. 205. nu. 6. in fin. lib. 2. Afflict. decis. 5. Hæc responsio faciliter remouetur ex pluirb.

43 Primo dictum iuramentum in laudo contentum est personale respectu præstantium, & ideo non ligat successores, Ioann. Andre. in c. cum C. laicus. de foro compeient. lib. 6. ubi determinat, quod hæres iurantis non potest astringi iuramento testantis, cum igitur isti de populo, qui sunt ad præsens non iurauerint, non tenentur stare iuramento, & in casu simili sic tradit Geminian. in consil. 83.

44 Secũdo cum tàm compromissum, quam laudum fuerit nullum, quia factum fuit lau-

dum fine Regio assensu, vt in meo primo cõsilio demonstraui, & infra demonstrabo, iuramentum autẽ non potuit ualidare id, quod est nullum, quando tangitur utilitas publica. c. si diligenti. de foro compet. & huiusmodi iuramentum esset contra primum licitũ, in quo iurauerunt homines de populo non aggregare forenses, & sic non alienare, vel minuere bona uniuersalia, quæ inconsulto Principe alienari non possunt, vt supra dictũ fuit, nec emologario facit laudum ualidum, quia quando arbitrium est omnino nullum, emologatio non ualidat illud. tex. est notabilis, & ibi Anton. de Butr. in c. examinata. de confirmat. util. uel inutil. & ita in casu fere simili concludit Gemin. d. conf. 83.

45 Tertio respondetur procedere, qñ iuramentum est specialiter interpositum, i. quando in iuramento expresserunt specifice contẽta in laudo, & non quando iurauerunt seruare omnia, & singula contẽta in dicto arbitrio, ut est in casu nostro, nam tunc iuramentum nõ annullat dispositionem contrariam, & sic attẽditur prima dispositio statutaria, & non laudum etiam iuratum, ut in terminis concludit Geminian. in d. conf. 83. in fi.

Sexto respondẽdo dicit ipse D. Aduocatus, quod dicta capitula loquuntur de aliqua persona vniuersitatis, ergo nõ includitur ipsa vniuersitas, cum appellatione personarum non ueniat Ciuitas, vel vniuersitas, vt est text. in l. fin. C. de erogat. milit. anno lib. 12. quem ad hoc ponderat Bal. in c. 1. §. conuenticulas. in 2. not. tit. de pace iura. firm. dicens ibi esse alium textum. & in rub. C. ad Trebell. nu. 2.

Hæc responsio non subsistit, quia non solũ homines de vniuersitate non possunt forẽses aggregare, sed nec vniuersitas, cum hoĩes de vniuersitate non possint illud tractare, & capitulũ respicit, & hoĩes, & ipsã vniuersitatẽ.

Septimò dicit dicta capitula esse quædam copia copiæ, & ideò non probare. Doctor. in auth. si quis in aliquo documẽto. C. de edẽd.

Hæc responsio non valet, quia præsentatũ est instrm omni solemnitate uallatum, & authenticũ, & sic nunc cessat hæc difficultas.

Ex prædictis vides primum fundamẽtum circa nullitatẽ laudi firmum remanere, & responsiones datas per D. Aduoc. nõ subsistere.

Dum dicebam laudum non ualere ex defectu Regii assensus D. Aduocatus non respondit meis rationibus, sed simpliciter dicit ualuisse, cum hæc bona sint Burgensatica, & licet super hoc non deberet aliud dici, tamen ad maiorem cautelam, & rei dilucidationem

46 iterum dico, quod si ista bona sunt feudalia, certum est, quòd transactiones, iusiurandum stipulationes pœnales, compromissa, & lauda, seu arbitria inde secuta sine speciali Regio assensu, non ualent, ut probatur in d. constit. Cõstitutionem diuæ memoriæ, & quod ista bona sint feudalia ultra dicta in primo meo consilio, & supra in hoc, & quòd ideo absque Regio assensu non possint alienari est text. in terminis in capitulo Regni incip. pondus æquum, vbi ex eo tex. Primo elicitur, quòd Castrum inhabitatum dicitur feudum. Secũdo quòd non potest alienari sine speciali Regio assensu. Tertio, quòd unio territoriorum est species alienationis, & ideo fieri non potest absq; Regio beneplacito. Quarto, quòd admittere ad communionem in his bonis est species alienationis. Sed in casu nostro Castri Guasti sunt hæc bona, ideo quatenus etiam esset inhabitatum dicitur feudum, & quaternatum, vt supra apertissimè demonstraui, & ideo bona sunt feudalia, & quaternata, & fuit facta aggregatio, & sic dicti de Amiterninis fuerunt remissi ad partem, & ad communionem, & si dicatur cum vnione territoriorum adhuc dicitur communio, & ideo, ut species alienationis, igitur sine Regio assensu fieri non poterat. Iste igitur tex. non cauillando literam, nec sensum est in terminis pro decisione præsentis causæ.

Si sunt demanialia, & similiter non tenet compromissum, nec laudum, cum dispositio dictæ constitutionis. Constitutionẽ diuæ memoriæ habeat locũ ẽt in bonis demanialib. ut ibi in n. 89. cõcludit Affl. & sup. latissimè dixi.

Si sunt uniuersalia, & tunc idem est, quia, quod bona vniuersalia non possint alienari probatur in l. fi. de vẽd. reb. Ciuit. lib. 10. facit etiam ratio, quia uniuersitas æquiparatur pupillis, & minorib. Bar. in l. 1. §. fi. ff. quod cuius uniuers. nom. & ideo sint pupilli, seu minores, seu eorum tutores, seu curatores eorum bona alienare non possunt absq; causę cognitione, & sine decreto l. magis puto. §. nõ passim. ff. de reb. eorum, ita uniuersitates, seu eorum administratores non possunt alienare, & remittere aliquem ad communionem etiã ex causa onerosa, cum sit remittere ad cõmunionem, species alienationis, absq; causæ cognitione, & superioris decreto, sed in Regno absq; Regio beneplacito, cũ vbi de iure communi requiritur iudicis decretum, in Regno requiritur Regius assẽsus. d. c. pondus æquũ. Cum igitur bona non possint alienari, sequitur, quod super eis non põt fieri compromissum, nec sequi põt laudum, cum, qui non potest libere alienare, nõ põt compromittere, nec transigere. Ias. in l. fi. nu. 119. & nu. 122. q. 10. C. de iur. emphyt. & late demonstraui in primo consilio, ad quod me refero, & sic uerissima est conclusio, quòd cum alienatio rerum vniuersaliũ non permittatur sine Regio assẽsu, super eis compromissum factum non tenet, nec laudum inde secutum, nec transactio, & hæc apud Doctores est indubitata conclusio, pro qua est quasi in terminis consilium Geminiani in d. conf. 83.

Et nota, quòd bona vniuersalia possunt esse, & feudalia, & demanialia, & possunt esse etiam simpliciter uniuersalia, & quando non sunt feudalia, seu demanialia, quòd

quod bona uniuersitatum, & Castrorum sint uniuersalia, & ita appellari debeant tradit in terminis Bartol.in l.fin.ff. de colleg. illicit.

Nec potest fieri fundamentum in præsum pto assensu,ut D.Aduocatus dicebat,quia,vt supra demonstraui, assensus in Regno non præsumitur,nec in laudo isto præsumitur tū, quia agitur de graui præiudicio,tum,quia ex lectura laudi apparet de contrario,tum, quia assensus requirit scripturam,tum,quia cōtra vniuersitatem non præsumitur, ut latissimè demonstraui supra,& ideo fratre est amplius disputare super præsumptione assensus.

47 Et dum dicebam laudum neque ualere posse in vim pacti D. Aduocatus in hoc dilatat fimbinas,& conatur velle demonstrare va lere saltim in uim pacti, dicens Clarum esse laudum emologatum etiamsi esset nullum ualere in uim pacti l.2.& ibi notatur.C.com mun.vtrius.iudic.Abb. in c.examinata de cō firmat.util.uel inutil.Roma.in cons.173.& in cons.175.Alex.in cons.32.nu.5.lib.2.Corn.in cons.125.nu.9.& 11.lib.2.in cons.140.num.7. lib.4.Dec.in cons.488.nu.17.Paris.in cons.46. nu.13.& 16.in cons.89.num.54.& 55.lib.1. in cons.24.nu.162.vol.2.Gozzadin.in cons.98.n. 20.Afflict.decis.117.Iacob. de Menoch. in cons. 381.nu.16.vol.4. Simon de Pretis. cons. 123. Io.Per.Surd.cons.136. nu.54.& rursus Men. in cons.1.nu.270.uol.1.

Et si diceretur,quòd ad hoc,vt laudum in uim pacti transeat utriusq; partis consensus in forma contractus debeat interuenire, seu cō currere. Ang.in l.1.in fi.C.qui pro sua iurisd. Surdus in d.cons.136.nu.56.Calderin. cons.8. de re iudic.quod non potest in uim pacti ualere, nisi pactum expresse interueniat Socin.sen.cons.220.numero 3.lib.2. Corn.cons. 125.nu.9.lib.2.Dec.cons.475.num.35. Paris. d.cons.24. nu. 163. lib.2.& Abb.consilio 92. num.2.lib.1.

Respondet D. Aduocatus satis constare de consensu partium isto casu, cum laudo fuerint præsentes,& illi acquieuerint,vt post Socinum seniorem tradit Iacob.Menoch. in d.cons.1.num.270.lib.1.quinimmo illud expressè emologauerint,& acceptauerint, petierique de eo fieri publicum,& autheticum documentum,erit igitur laudo standum obseruato per annos octuaginta nouem, ut su-

48 pra, cum laudum emologatum transactio etiam dicatur. Bald. in rubr. extra de arbitr. Anchar.in disputat.incip.cum cap.laicus, columna antepenultima,Bart.in l. societatem. §.arbitrorum.ff.de arbitr.Io.Bapt. de Sancto Seuerin.in tract.de transactionibus.in 3.q.in fin. Lanfranc. de Oriano. in tract. de arbitr. fol.2.columna tertia,uers. emologatio. Dec. in c.si quando extra,de offic.deleg. in consil. 60.sub num.3.Paris.cons.89.nu.10.lib.1.Rui. cons.135.nu.3.& 4.volum.5.Gozzadin.cons. 98.Roland.a Vall.cons.79.nu.59.uol.3.Tob. Non. cons.68.nu.7. Bero.cons.2. nu.38.lib 2. cons.173.nu.2.lib.1.præsertim si ab arbitratore larum fuerit, ut hic contingit,& declarat Bero. ibidem num.21.& non solum sufficit emologatio expressa, sed etiam tacita ex obseruantia laudi.Celsus Vgo cons.22.nu.3.vbi pluribus comprobat,& sic ubi habemus casum laudi approbati possumus dicere idem, quod Bald.alibi dixit in casu instrumenti super quo non sit dubitandum sicut de casu legis,adeò,quòd uerba laudi a partibus approdati dicantur habere uim legis, & ueritatis. Ros.in d.cons.79.num.89.lib.3.& ante cum idem dixit Grat.cons.3.nu.6.vol.1. vnde laudum emologatum sui natura exequendum est iuxta notat.in l.cum antea.de arbitr.idem Grat.cons.34.nu.5.vol.1.

Hęc dicta per D.Aduocatum licet sint pulchra,& prima facie obstare uideantur, tamen considerando doctrinas doctorum non obstant, & pro ueritate, aut D. Aduocatus facit fundamentum in emologatione,& approbatione laudi, & tunc omnia dicta per eum locum habent & procedunt quando sumus in compromisso de iure valido,& in laudo virtute compromissi lato, idest in laudo valido, nam tunc emologatio,siuè expressa, siue tacita sufficit, habet vim legis, & ratione ipsius laudum est exequeudum, & in hoc casu loquuntur omnes Doctores allegati,uti uidere

49 est ex lectura ipsorum. At secus est quando sumus in casu in quo non poterat fieri compromissum,& sic in laudo uirtute nulli compromissi indè sequuto,cum tunc sit nullum, & ipso iure inualidum, nam tunc emologatio confirmatio, & ratificatio non infirmant laudum inualidum, & propterea emologatio,seu expressa seu tacita nihil operarur, nec habet uim legis, & uirtute ipsius non potest executioni demādari laudum,sic in terminis ultra alios doctores, quos breuitatis causa omitto tradit Ceminian. in d. consil.83. sed in casu nostro compromissum de iure non tenuit, & laudum inde sequutum ipso iure nullum, & inualidum existit, ut pluries demonstraui, igitur in casu nostro emologatio non tenuit neque tenet, non habet uim legis, nec uirtute ipsius laudum potuit, nec potest executioni demandari, & hæc iudicio meo est indubitata conclusio.

Aut D. Aduocatus facit fundamentum, quod si non ualet in uim laudi valeat saltim in uim pacti,& tunc pro solutione duo sunt considerandi casus, nè termini confundantur,& ne confusè doctrinæ doctorum intelligantur.

50 Primus est,quando laudum latum est super re de qua non fuit compromissum,& sic laudum est nullum respectu deficientis consensus partium.l.non distinguemus.§.de officio.ff.de arbir. & tunc de consensu partiū si

laudum emologetur licet non possit in uim laudi ualere. Romanus in consilio 175. tamẽ potest ualere in uim pacti. Afflictus in decisione 117. & in hoc casu loquuntur omnes Doctores allegati per Dominum Aduocatum partis aduersæ, ut uidere est ex lectura ipsorum.

51 Secundus casus est, quando compromissum,& laudum inde secutum est nullum ex defectu iurisdictionis, ut exempli gratia in compromisso, & laudo rerum ecclesiarum, quæ non possunt alienari, & ideo super eis non tenet compromissum, nec laudum inconsulto Summo Pontifice, uel in rebus pupilli, uel minoris, quæ non possunt alienari absque causæ cognitione, & iudicis decreto, uel in omnibus rebus, quæ alienari prohibentur absque Regio assensu, & in omnibus actibus, in quibus Regium decretum adesse debet,& in hoc casu compromissum est nullum, laudum inde secutum ipso iure est inualidum, emologatio est ipso iure nulla, ideo cum laudum sit nullum,& emologatio non teneat, sequitur, quod non potest ualere in uim pacti, ut tenent Bald. in capitulo primo, uers. sententiæ. in tit. de pace constant. Ang. in consilio ducentesimodecimooctauo, uita narratione. Roman. in consilio 160. Guid. Pap. in cons. 141. Hippol. in l. 1. §. si quis dicatur, columna penultima. ff. de quæstion. & in l. quæstionis. columna sexta, eodem tit. Gozzadin. in cons. 81. & Ioa. Vinc. de Anna in repetit. constit.

Constitutionem diuæ memoriæ nu. 287. & 288. ubi notabiliter ita declarat, & ratio est, quia cum sit defectus iurisdictionis, partes supplere non possunt, ut in clem. 1. de sequestrat. possess. & fruc. Ang. in l. Diuus Traianus. ff. de milit. testam. & ita concludit Afflict. in d. const. num. 62. nam alias lex circumueniretur, ut laudum non ualeret, & tanquã pactum ualeret, esset enim imposita lex uerbis, & non rebus.

Item ratio est, quia ob dictam const. Constitutionem diuæ memoriæ ne dum prohibentur compromissa, sed quoq; pacta, dum dicitur, quocumque contractus, & in hoc casu non loqnuntur Doctores allegati per D. Aduocatum.

His stantibus sequitur, quòd cum compromissum factum, & laudum inde secutum sit nullum ex defectu Regii assensus, & sic iurisdictionis, quod non potest ex emologatione præcedenti, & subsequenti ualere, nec in uim laudi, nec in uim pacti, & hæc est uerissima conclusio, & indubitata, a qua in iudicando non est recedendum.

Et dum dicebam non ualere laudum istud in præiudicium successorum Dominus Aduocatus non respondit meis consideratio nibus, sed tantum dicit non esse uerum in proposito uersari in aliqua prouidentia, siue figura feudi ex pacto, & prouidentia, cum simus in simplici natura rerum Burgensaticarum uniuersitatis.

Hæc responsio non tenet, cum supra fuerit probatum, & demonstratum contrarium, & ut ueritas magis elucescat, certum est, quòd bona ex pacto, & prouidentia dicũ-

52 tur, quando ea successores non habent ab eorum patribus, seu a possessoribus, & sic ex facto, & pacto ipsorum, sed habent ab eorum antiquis, & sic ex facto, & prouidentia primorum parentum, seu ex Regia concessione, & ideo in eis succedunt etiam si non sint hæredes, dummodo sint ex sanguine. Ias. in l. si post mortem. in prin. num. 3. ff. de leg. primo, & in consilio decimosexto, colum. fin. in princ. ibi est, ergo libro tertio, & sic, quando filii, & descendentes succedunt in bonis etiã si non sint hæredes, uel succedunt ex prouidentia antiquorum parentum, uel ex Regia concessione, per quam filii, & descendentes in infinitum sunt uocati uti filii, & descendentes, & non uti hæredes, late Iulius Clarus in l. 4. sententiar. in §. feudum. q. 9. uers. quandoque uero, & secundo, & ver. & in hoc proposito nota.

Sed in casu nostro in his bonis, seu feudalibus, seu demanialibus, seu uniuersalibus filii & descendentes succedunt non, ut patrum hæredes, & sic non ex facto, & pacto patrum, sed succedunt etiamsi non sint hæredes, dummodo sint ex sanguine, vt pars ista de Amiterninis articulat, & bene probat, igitur succedunt in his bonis, vel ex pacto, & prouidentia primorum parentum, uel ex Regia concessione, & hæc conclusio stante natura istorum bonorum est de indubitabili.

Cum igitur filii, & successores habeant nòn, ut hæredes, sed ex pacto, & prouidentia antiquorum de populo illo, seu ex Regia concessione, non est dubitandum, quod subiacent restitutioni. l. final. & authent. res quę. C. commun. de legat. & nulla potest fieri alienatio in præiudicium istorum successorum, ut late habetur per Iulium Clarum in dicto §. feudum, quæstione quadragesima prima, in uers. & hæc quidem regula, & est uerissima conclusio.

Sequitur igitur ex prædictis, quod dictum laudum non infert præiudicium successoribus, etiam quatenus in dicto laudo adesset assensus prædictus Regius prout non adest, & ab hæc opinione, nec in foro conscientiæ, nec in puncto iuris est discedendum.

In ultimo dubio dum dicebam istos de Amiterninis non posse facere fundamẽtum in præscriptione. D. Aduocatus partis aduersæ nõ respondit meis verissimis cõsiderationibus, sed conatur demõstrare per argumẽta præscriptionem obstare, sed ut apparet fundamenta non facere ad casum nostrũ, & esse

extra

extra terminos præsentis conclusionis referam eius dicta, & cuilibet uerum dabo responsum.

Dum ego dicebam, quod, quæ alienari nõ possunt præscribi nequeunt D. Aduocatus dicit, quòd potest dici, quod, aut præsupponi tur dictum ius percipiendi introitus præscribi non posse, tanquam de rebus feudalibus, aut tanquam Burgensaticis uniuersitaris, siue allodialibus, primo casu licet aliqui in feudis nullam præscriptionem currere autumauerint per c. 1. §. præterea de cap. Corrad. ubi Andr. & in cap. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Federic. inter quos Socin. sen. cons. 86. vol. 1. Afflict. decis. 254. nu. 3. & 4. cum aliis adductis per Roland. a Vall. in cõs. 3. nu. 18. & 19. vol. 1. ac etiam Io. Ang. Bessutius inter cons. vlderici Zasij cons. 15. nu. 12. affirmans non sufficere præscriptionem quadraginta, nec septuaginta annorum, sed centenariam saltem requiri. Quod voluit Matth. de Afflict. in præcitato loco, senserequee etiam Capyc. in d. c. imperialem fol. 188. Marin. Freccia. in tract. de subfeud. q. 28. lib. 2. & fuit opinio Iacobi Adrizon. in summ. tit. quib. mod. feud. amitt. nec non Pilei.

53

Tamen alia fuit opinio, vt in feudis præscribendis tempus trigintra, uel quadraginta annorum sufficiat ex sententia gl. in d. §. præterea, quam communem dicit Curt. sen. cons. pen. col. 2. Paris. cons. 1. nu. 123. cons. 15. n. 14. & cons. 27. nu 66. lib. 1. Iacob. Aluarot. consil. 61. inter consilia Bruni Franciscus Balbus in tract. de præscript. in 4. partic. 4. partis princip. q. 12. Aym. Crauet. in tract. de antiq. temp. 4. p. princ. 2. partic. incip. absolutis. nu. 29. quo loco repræhendit Afflictum nostrum in d. decis. 254. Andr. Tiraq. in tract. de retract. consanguinit. §. 1. gl. 10. nu. 15. quam affirmat uerum Rola. a Valle d. cons. 3. nu. 79. & de magis communi meminit Iacob. Menoch. cõs. 2. nu. 312. lib. 1. Ioa. Vinc. de Anna in d. repet. constit. Constitutionem diuæ memoriæ, in 1. p. num. 187. Idemque responderunt Ias. cons. 57. nu. 5. lib. 1. Dec. cons. 266.

Tertia superuenit opinio distinguẽs, quod aut agimus de præscribendo contra Dominum feudi, illud non esse feudum, & tunc requiratur centenaria, aut de præscibendo alicui esse concessum in feudum, & sufficiat triginta, uel quadraginta anni, ut per glossam Parisiensem tit. 1. §. 7. nu. 8. & Io. Vincent. de Anna d. num 187.

Sed in Regno non est præscriptioni innitendum, sed præsumptæ inuestituræ ex cursu dicti longissimi temporis. Andre. de Isern. in const. consuetudinem. in cap. imperialem. §. illud, columna penultima, in capitulo primo. §. 1. de capit. Corrad. & in capitulo primo. §. quid ergo. de inuest. it. de re alie. fact. Ioa. Vincent. in dicto numero 187. & tradunt Afflic. decis. 324. num. 5. Capyc. decisione 77. numero duodecimo.

Hic autem non est casus noster cum non sint bona feudalia.

Hæc prima consideratio D. Aduocati partis aduersæ per me relata de uerbo ad uerbũ non facit ad rem ex duobus.

54 Primò, quia priuatus contra vniuersitatem in bonis alienatis sine Regio assensu nõ potest præscribere nisi per spatium centum annorum, etiam, quod dictus priuatus stetisset in communione cum uniuersitate per spatium octuaginta annorum, & sic dicta supra non procedunt in casu nostro, in quo alienatio facta fuit sine Regio assensu: ita in terminis dicit Afflict. in d. decis. 254. ubi ait sic per Sacrum Concilium fuisse decisum, a qua decisione non est discedendum, cum in Regno pro lege reputetur, quem sequitur. Ioa. Anton. de Nigris in capitul. Regni incip. pondus æquum.

55 Secundo respondeo, hæc enim bona cum subiecta sint restitutioni, licet contra alienantes tractari posset de præscriptione, tamen contra successores minimè, cum trita sit in iure conclusio, quòd non ualenti agere non currit præscriptio. l. 1. in fine. C. de annal. except. tradit ultra alios Marinus Freccia in tractat. de subfeud. in libro tertio, in quarta quæstione.

Vides igitur in præiudicium successorum prout nos agimus præscriptionem non obstare cum nec tempus quindecim annorum elapsum fuerit, ut in 1. consilio demonstraui.

D. Aduocatus continuando eius intentionem dicit, quòd si præsupponitur bona prædicta esse allodialia, siue burgensatica tamquam mere uniuersalia prohibita sine requisitis alienari, & tunc est uerum non posse longo tempore præscribi. d. l. 2. ubi not. C. de usucap. pro empto. & quia alienatio rerum

56 vniuersitatis a iure communi prohibita non tribuit causam præscribendi longo tempore, & sic spatio decem annorum per reg. l. ubi lex. ff. de usucapio. eo, quòd in tali præscriptione titulus requiritur. l. diutina. C. de præscriptio longi temp. & talis titulus alienationis est nullus. l. filiusfamilias §. Diui. ff. de leg. primo, l. pater. §. Iulius Agrippa ff. de leg. tertio, tales tamen res prohibitæ alienari de iure cõi possunt spatio 30. uel quadraginta anno. præscribi, cũ in tali præscriptione regulariter titulos non requiratur, sed sufficit bona fides, capitulo primo, de præscript. in 6. sic etiam uidemus, quod licet res subiectæ restitutioni non possint usucapi, uel præscribi longo tempore, quia titulus habetur pro non titulo. l. fin. §. penultimo. C. commu. de

57 legat. tamen non prohibetur præscribi longissimo tempore triginta annorum, cum in ea titulus non requiratur, ita notabiliter dicit Paulus de Castro, in l. fin. §. penultimo. C. commu. de legar. quem refert, & sequitur Alex. de Imol. consilio quinquagesimo nono, col. 6. li. 3. & istam ueritatem esse dicit, Ias.

Iaſ.d.conſ.75.numer.5.volum.1. Reſtat ergo concludi in propoſito iſtos Amiterninos verſari in bona fide, & ita reſpectu bonorum fideicommiſſo ſubiectorum reſpondit Rol. a Valle in d.conſ.3.nu.86.vol.1.

Hæc alia conſideratio non obſtat, & pro habenda ueritate, ne dicta per DD. confundantur duo ſunt conſiderandi caſus.

Primus eſt reſpectu ipſorum qui aggregauerunt Amiterninos, & qui compromiſerunt,& laudum acceptauerunt.

Secundus eſt reſpectu ſucceſſorum.

58 In primo caſu notandum eſt quod in hac alienatione ſine Regio aſſenſu adeſt iuris error,& præſcriptio decem vel uiginti annorũ ex iuris errore in titulo cauſari non poteſt, quia bona fides ceſſare dicitur l. vnquam, in * prin.§.1.ff.de vſucapio. & eſt communis opinio, vt dicit Felin.in c. de quarta, de præſcriptio. Quæ concluſio procedit etiam in præſcriptione triginta, vel quadraginta annorũ, & licet aliqui doctores teneant contrarium ** tamen hæc eſt magis communis opinio, ut dicunt Felin.in d.cap. de quarta. Curt. iun.in conſ.185.num.5. Ruyn.in conſ.150.colum. 5. volum.4.& Anton.Gabriell. qui ad ſaturitatem allegat Doctores hanc opinionem tenẽtes in libro ſuarum communium concluſionum,lib.5. titul. de præſcriptio. concl 14.qui proprie loquuntur in actu inualido de iure, prout ſumus in caſu noſtro,& ſic contra dicta per Dominum aduocatum eſt communis,& magis communis opinio, a qua in iudicando non eſt deſcendendum,cum ſecundũ hanc noſtram opinionem ſacrum conſilium iudicauerit teſte Afflicto in deciſ.374.immo idem eſt in præſcriptione tãti temporis,quod non ſit memoria in contrarium ſecundum Pariſ.conſ.27. nu. 137. vol.1. quem ſequitur Anton.Gabriell.in d. loco nu.5.

In ſecundo caſu reſpectu ſucceſſorum, & tunc dicta per eum non procedunt,quia cum tempore alienantium, & ſic aggregantium iſti ſucceſſores non poterant agere, quia adhuc eis ius apertum non erat,non potuit contra eos currere præſcriptio, & ratio eſt, quia non ualenti agere non currit præſcriptio. d.l. 1.in fin.C.de annal.except.& ita in particulari tenent Pariſ.in c.cum non liceat. num. 18. de præſcriptio.Crot.in l.filius familias. §. Diui,num.143.verſ.4. ſit concluſio.ff. de leg. 1. qui proprie loquitur in fideicommiſſis, & in alijs bonis reſtitutioni ſubiectis Andre. de Iſern.in c.1.§.quod ergo,ſub num.7.de inueſtit.de re alie. facta,in uſib. feudor.& Marin. Freccia in tract.de ſub feud.lib.3. in 4. quæſito. & hæc eſt veriſſima concluſio, & in hoc caſu non loquuntur doctores allegati per D. Aduocatum, immo omnes in hoc caſu tenent noſtram opinionem, adeo quod redditur hæc concluſio indubitabilis, & ſic cum bona noſtra ſubiecta ſint reſtitutioni, non eſt dubium in præiudicium ſucceſſorum non ualuiſſe,nec ualere aggregationem,compromiſſum,& laudum, & ab hac opinione nullatenus eſt diſcedendum.

59 Dicebam vltimo loco præſcriptum non eſſe contra iſtos de populo qui nunc viuũt per Amiterninos, quia iſti originarij poſſident vniuerſaliter,& vniuerſitatem repræſentant, & ideo contra iſtos vti vniuerſitatem repræſentantes deberet ad[illegible]e præſcriptio quadraginta annorum.l. omnes.C.de præſcript. trigin.ann.tradit Alex.in conſ.16. num. 24.uol. 5.quæ præſcriptio non adeſt.

Huic rationi nihil reſpõdet D.Aduocatus.

Pro corroboratione prædictæ rationis dicebam tria.

Primo quod qui non probat de præſentia aduerſarij ſuccumbit in hac præſcriptione Afflict.in conſt.conſuetudinem,ſub num.4. in fin. unde cum præſentia aduerſariorum reorum conuentorum non probetur per dictos de Amiterninis ipſi non poſſunt in præſcriptione facere fundamentum.

Huic rationi D.Aduocatus nihil reſpõdet.

Secundo in comprobationem dicebam, quod quatenus præſcriptum eſſet contra filios illorum qui aggregauerunt prout non eſt præſcriptio non currit contra alios ſucceſſores poſt filios, cum ſemper habeant ſeu ex pacto, & prouidentia primorum parentum, ſeu ex Regia conceſſione.Andre.de Iſern. in c.1.§.quid ergo,ſub num.7. de inneſtit. de re alie. fact. Dominus Aduocatus ſimiliter,& huic conſiderationi nihil reſpondet.

Tertio pro conualidatione meæ rationis dicebam in Regno in hac præſcriptione deducẽdum eſſe tempus pupillaris ætatis. Huic vltimæ rationi D. Aduocatus reſpondendo dicit, quod quando præſcriptio triginta uel quadraginta annorum cœpit cum maiore, prout eſt in propoſito ſi finiatur poſtea cum minore, iſte minor cum quo finitur bene poteſt reſtitui. Bart.in l.ſi in pen. colum. ad fin. verſic. uenio ad ultimam partem.C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. non eſt neceſſ. ſed iſta præſcriptio cepta,& finita fuit antequàm iſti de Guaſto cum quibus lis agitatur eſſent nati, & in rerum natura producti attento principio cumque annorum octuaginta nouem, immo longiori tempore, nam ijdem Amiternini fuerunt recepti ante dictum tempus recepti ex compromiſſo, & laudo, ergo non poſſunt in integrum reſtitui ex titulo de minoribus, reſtitutio enim ex hoc titulo competit ex eo quod eſt geſtum cum minori. l. ait prætor. in princ.ff. de minor. & declarat Bartol.in d.l. fin. colum. 3. & ita reſpondebat Iaſ.d.conſ.57.in fi.uerſ.quia uno uerbo reſpõdeo. Cæterum prouidentia fuit ſublata ac etiam præiudicium cum iſtæ receptiones ab antiquis temporibus fuerint ſolitæ fieri in iſtis vniuerſitatibus,& ideo allegatum præiudicium non eſt conſiderabile, vt deducit Grat.conſ.61.nu.66.lib.1. & ſucceſſores conſenſe-

senserint. Rolan. a Valle in d. cons. 3. num. 92. & notatur per Doctores c. 1. §. hoc quoque, de success. feud. vbi dicunt quod præscriptio decursa contra agnatos alijs non præiudicat nisi reperiantur assensisse tacite vel expresse.

Hæc alia vltima responsio nec in facto nec in iure subsistit, nec remouet meam consideratio nem, vt patet ex hoc reali discursu. Aut D. Aduocatus prætendit ex hac sua responsione concurrisse præscriptionem contra illos qui virtute laudi aggregauerit Amiterninos, & tunc non satisfacit, quia cum non sint nisi anni septuaginta nouem contra ipsos nō cucurrit præscriptio ex quo compromissum, & laudum fuit sine Regio assensu, & sic nullum, adeo quod error iuris non causat præscriptionem, vt supra dixi, Et nos ad præsens non sumus in hoc casu, & quatenus præscriptio potuisset currere non est de hoc ad præsens ad disputandum, & dicta per D. Aduocatum procedunt in casu isto, vt ex verbis eius est videre, qui proprie loquitur in isto casu, & sic non facit ad rem nostra conclusio.

Aut prætendit præscriptionem cucurrisse contra successores illorum qui virtute laudi aggregauerant, & tunc tempore aggregantium contra ipsos non potuit currere ex quo in vita aggregantium successoribus non erat ius apertum, vt supra demonstraui, & dicta per D. Aduocatum in hoc casu non procedunt nec loquuntur. Aut prætēdit post mortem aggregantium incepisse, & finiuisse præscriptionem, & hoc non potest dicere, quia non sunt transacti quadraginta anni, nam dicebam quod in Regno in hac præscriptione deducendum est tempus pupillaris ætatis, & ætatis minoris, vt dicit Afflict. in const. consuetudinem, num. 15. quibus deductis in casu nostro non adest tempus quindecim annorum, & circa hanc deductionem faciendā de ętate pupillari, & minori in Regno D. Aduocatus nihil respondet, & sic vides responsionem non facere ad rem, & conclusionem nostram non tangere, immo cum laudum fuerit nullum, non currit præscriptio nisi centenaria, vt supra dixi, & sic quocunque se uoluat pars nullo pacto potest facere fundamētum in præscriptione.

Ex ante dictis apertissime constat omnes conclusiones per me factas in primo meo cōsilio esse ueras, iuridicas, & claras, & esse absque difficultate, & ideo determinandum esse aggregationem, compromissum, & laudū fuisse, & esse nullum, seu nullum, nec intulisse, nec inferre successoribus præiudicium, & ideo fore vniuersitatem absoluendam a petitis per Amiterninos. Et ita iuris esse censeo, & consulo. Et ita post longam discussionem determinatū fuit per Illustrem Dominum Franciscum ocheudo Iudicem Ciuitatis Aquilæ, &c.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Exempla, quando probent, & nu. 2. 3. 4. & 5.*
6 *Ius patronatus ex publicis bullis probatur etiamsi enunciatiuè, seu assertiuè in ipsis de iure patronatus fiat mentio.*
7 *Verba enunciatiua propter se emissa plene probant etiam in factis recentibus.*
8 *Verba enunciatiua plurium testamentorum de antiquo plene probant etiam in præiudicium tertii.*

Consilium V.

DVbitatur an scripturæ præsentatæ pro verificatione iuris patronatus probent. Ambiguitas oritur, quia dicuntur exempla, quæ non probant, auth. si quis in aliquo documento. C. de eden. & ibi gl. & Doctores.

Quod dicta exempla in casu nostro probent verificatur ex infrascriptis.

1 Primo, dicta conclusio, quod exempla non probant, non procedit quando non opponitur ab eo contra quem exempla producuntur, nam tunc probant. Fulgos. & Alciat. in l. procurator. C. de æden. Purpurat. numer. 32. vers. nono fallit. Socin. in fine. Curt. iun. num. 37. in fin. Bononiens. numer. 32. cum seqq. & alij recentiores communiter in d. authent. si quis in aliquo. Aym. Crauet. in tractat. de antiquit. temp. in prima p. in §. quæritur, etiam, numero vigesimoquarto, & in cons. 150. sub numer. 2. & Guid. Pap. in decis. 404. vbi ait ita fuisse decisum per Senatum Delphinatum, & affirmat non sufficere fieri oppositionem in allegationibus iuris, sed in casu nostro pars contra dictam exempla nihil opposuit, igitur probant.

Et si dicatur quod cum ex actis constet dictas scripturas esse exempla, quod ideo iudex potest, si vult, ea non admittere, ut dicebat Dec. in d. auth. si quis in aliquo, num. 27. Quia respondetur, & primo quod hæc Decij consideratio non est vera, ut dicebat D. Tobias Nonius præceptor meus, quia tunc ex a-
2 ctis potest iudex partis trecentis partes supplere quando sumus in ijs casibus, in quibus tacendo pars sibi non præiudicat, si uero sumus in ijs casibus, in quibus tacendo sibi prę-indicat, puta non opponendo contra testes, quos ex actis constat esse suspectos, secus est. Anton. de Butr. in c. bene extra, de postulat. prælat. Ias. in l. patre furioso, num. 24. ff. de his qui sunt sui vel ali. iu. & declarat notanter Ripa in l. Dies. §. hoc autem iudicium. num. 34. Sed in proposito sumus in ijs, in quibus tacendo sibi præiudicat pars, vt dictum fuit, igitur partis tacentis partes supplere non potest Iudex.

3 Secundo respondetur quod Dec. loquitur quādo in termino iudex ex officio reiicit, & non quando non reiicit, nam tunc si iudex

non

non reiicit exemplum, nec pars opposuit uidetur illi acquiescere, & ex tacito consensu partis in iudicio standum videtur exemplo, & ita ibi dicit Dec.in uers.si uero iudex, sed in casu nostro non reiecit exempla in termino, igitur non potest amplius reiicere in praeiudicium partis, cui ius ex tacita partis approbatione acquisitum fuit, immo dico, quod iudex etiam in termino si pars non opponat ex officio non potest reiicere exempla in iudicio producta, & ratio est ultra rationem supra recitatam.

Quia quando loquimur in ijs quae concernunt obseruantiam publici iuris ne iudicium sit inane, ut est in procuratore litigante sine mandato, tunc est uerum, quod iudex potest ex officio reiicere etiam parte non opponente. Ripa notabiliter in l.4 §. hoc autem iudicium, num.45. ff. de damn.infect. At secus uero est si simus in his, quae priuatam respiciūt utilitatem simpliciter, quia tunc iudex officium suum impartiri non potest.l.nam, & postea.§. si minor, in uers. deber replicari.ff. de iu.iuran.Bartol.& alij in d.§.hoc autem iudicium, sed quod exempla in iudicio producta probent non respiciunt obseruantiam publici iuris sed priuatam tantum utilitatem partis ut ad sensum patet. Igitur iudex ex officio non potest exempla ista non admittere, & haec est ueritas.

4 Secunda dicta conclusio, quod exemplum non probet non procedit quotiescunque secundum tenorem illius exempli, seu copiae aliquid obseruatum fuit, quia per huiusmodi obseruantiam uidetur exemplum illud approbatum, ita notanter consuluit Bal.in consil.402.quaeritur an per solam diffamationem in fin.uolum.4. & sequitur Aym. Crauet. in cons.65.num.11.facit quod in similibus dictmus in instrumento minus solēni licet enim non probet si tamen secundum eius tenorē secuta fuit obseruātia probate dicitur. Aym. Crauet.in cons.274.numer.2. sed in casu nostro secundum tenorem exemplorum obseruatum fuit, quia virtute dictarum praesentationum, quae in ipsis exemplis continentur fuerunt per superiores factae institutiones, & presbyteri praesētati, & instituti pacifice possessionem ceperunt, igitur dicta exēpla probant. Confirmatur haec ratio, in casu nostro adsunt bullae institutionum, quae faciunt mētionem de praedictis praesentationibus dispositiue, & virtute dictarum bullarum presbyteri a patronis praesentati, & a superioribus instituti ceperunt possessionem, & in ea pacifice semper fuerunt nemine contradicente, & prout habetur in ipsis exemplis semper obseruatum fuit, & ideo ipsis cōcurrentibus non est dubium exempla probare, & eis esse plenam fidem adhibendam. cap. ad audientiam, & ibi Abb. numero decimo, & Felin. numero decimo, extra de praescript. Olascus in decision.69.numero decimo, vbi ait ita in casu simili per illum senatum fuisse iudicatum.

5 Tertio dicta conclusio non procedit quando sumus in antiquis, quia tunc exemplum probare dicitur. Dec. in d.auth. si quis in aliquo, vbi plures allegat Doctores, idem Dec. in cons.445.nu.15.& Paris.in cons.104.num.55.vol.1.& ratio est.

Quia exemplum in hac materia probationis dicitur aequiparari testificāti de auditu alieno, quia hoc casu Notarius exemplans originale dicitur deponere de auditu alieno, quia deponit de eo quod in originale scriptū est, & sic de eo quod audiuit notarius originalis a partibus, vt declarat Bald. in l. in bonae fidei num.6.ff.de reb.credit. Sed testes de auditu alieno in antiquis probare dicuntur.cap. licet ex quadam, & ibi Doctores, extra de testib.& Alex.in cons.187. in 2. dubio volum.2.ergo debet etiam probare ipsum exemplū, sed nos sumus in antiquis, vt probatí in primis allegationibus, igitur exempla probant.

Nec dicatur secundum Dec. in praeallegato loco id non procedere quando constaret scripturas exempla esse, quia tunc etiamsi simus in antiquis non probant, quia propter antiquitatem temporis exempla authentica praesumuntur, & ideo si constat, quod non sunt authenticae cessat ratio, & consequenter discussio.

Quia respondetur Decium in hoc non bene dixisse, vt D.Tobias Non.in d.repetit. authent.si quis in aliquo, aiebat, quia exemplū in antiquis non dicitur probare ex eo, quod praesumatur authenticum, vt Decius vult, sed ex eo quia cum sumus in antiquis faciliores probationes admittuntur: & hinc est, quod admittitur probatio per famam, per scripturam priuatam, per testes de credulitate, per testes de auditu, & alias probationes, quae alias non admitterentur, vt latissime per Aym.Crauet.in tract.de antiquit. tempor. in prima par. & hoc modo debet declarari haec materia, non autem, vt Dec.declarat.& videtur esse de intentione Guidonis Papae decis. 404. circa medium, & quod, exempla in antiquis probent iudicauit Rota Rom. teste puteo, in decis.159.nu.3.& sic haec conclusio remanet sine difficultate.

6 Haec dicta sint ad cautelam, cum simus in claris, ex quo ius patronatus probatur ex bullis authēticis institutionum in processu praesentatis, & licet enunciatiue, seu assertiue in ipsis de iure patronatus fiat mentio, tamen dictae bullae probant, & quod hoc sit uerum duo sunt consideranda casus.

Primus est an ex dictis bullis probentur praesentationes, & in hoc casu absque difficultate dicendum est probare praesentationes factas, cum propter eas fiant institutiones, & ideo probant in necessarium antecedens.

Secundus casus est an ex dictis bullis probetur ius patronatus, cum in eis, de iure patronatus fiat mentio enunciatiue, & quod pro-

probetur vltra dicta in primis allegationibus probatur ex infrascriptis.

7 Primo verba enunciatiua propter se emissa plene probant etiam in factis recentibus.l. ex hac scriptura,vbi late Bart.ff.de donat. Corn. in cons.269.colum.2.volum.3.& in factis antiquis notorium inducitur facti permanentis.Dec.in cons.146.colum.penult. versicu.5. præfata conclusio, sed in dictis bullis uerba enunciatiua de iure patronatus propter se emissa fuerunt,quia super iure patronatus fundatur intentio Episcopi instituentis,& ius patronatus est de necessitate, vel confert ad id, quod actum fuit in institutione, & sic super quibus enunciatum extitit, nam institutio requirit ius patronatus, & præsentationem a patronis factam, secundum enim Anton. de Butrio in c.fin.de success. ab intest.verba dicuntur enunciatiua emissa principaliter propter te, & sic super eis dicitur fundari intentio disponentis quando sunt necessaria, uel conferunt ad id, de quo agitur, & super quo enuneiatur, igitur uerba prolata dictis bullis probant ius patronatus, & maxime quia sumus in antiquis, & ideo probant notorium facti permanentis, & sic probant notorium esse quod dicta cappellania sit de iure patronatus.

Secunda uerba enunciatiua plurium instrumentorum de antiquo plene probant etiam in præiudicium tertij Aym.Crauet. in tract.de antiquit.temp.in prima par. in c.ampliatur num.14.& instrumenta dicuntur esse antiqua si adsunt quadraginta anni ut uoluit Anton.de Butr.in c.ueniens el t. de testib. & sequitur Alex.in cons.4.uolum. 2. & Dec. in cons.13.num.5. immo verba enunciatiua geminata plurium instrumentorum etiam in facto recenti plene probant. Ias.in consil.114. colum.pen.in fin.uolum.1.quæ conclusio indubitanter est uera quando ultra antiquitatem temporis concurreret longa possessio rei correspondens talibus verbis enunciatiuis,nam tunc plene probant.Alexan.in cons. 219.uolum.6 & Aym.Crau.in d.loco nu.20. sed in casu nostro adsunt uerba enunciatiua geminata in pluribus bullis quæ sunt de antiquo, & ultra antiquitatem temporis fuit possessio patronorum ratione iuris patronatus, & presbyterorum ratione præsentationis,& institutionis, & sic correspondens uerbis enunciationis, igitur verba geminata in dictis bullis plene probant etiam in præiudicium tertij.

Ex prædictis apparet in casu nostro exempla probare præsentationes eademque probare bullas institutionum,immo probare ius patronatus,& quod ius patronatus sit probatum apparet ex alijs meis allegationibus, & certe sumus in claris,& ita iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Institutiones Episcoporum narrantium institutos præsentatos a patronis fuisse, faciunt fidem de præsentationibus.*

2 *Vbi constat de duobus extremis bonis, debemus præsumere etiam de medio bono.*

Consilium VI.

IN diuersis temporibus, & aliquibus personis plures reperiuntur institutiones Episcoporum narrantium institutos præsentatos a patronis fuisse, Dubitatur an faciant fidem de præsentationibus, & consequēter an probent præsentationes præcessisse,licet præsentationes non probentur.

Multa hinc inde dici possent, tamen secundum veritatem, & breuiter consulendo dico per institutiones Episcoporum narrantium præsentationes a patronis factas fuisse,præsu- 1 mi, & probari præsentationes præcessisse, & de eis fidem facere, licet aliter præsentationes non probentur.

Quæ conclusio ratione, & auctoritate uerificatur.

2 Ratione vbi cōstat de duobus extremis bonis debemus præsumere etiam de medio bono.arg.c.cum dilectus.de donat.c.inquisitioni,& c.secundo requiris, de appellat. gl. in c. volumus.16.quæst.4.& c.accedens,ubi gl. de conuertat.sed de uacationibus, & institutionibus constat,& sic de duobus extremis, igitur de præsentationibus vti de medijs præsumere debemus.

Auctoritate,ita in particulari tenent Felin. in c.post cessionem,num. 19. de probat.Rochus de Curte in tractat. de iure patronat. in uerbo honorificum in quæst. 50. Petrus Rebuff.in tract.seu praxi beneficiorum in tertia parte signaturæ,num.14. Rota Rom. in decis.421.in titu.de institution.& de iu.patron. & fide instru.in nouis, & Ioānes Bertacchin. in tract.de Episcopis,in 3.lib.in prima par.sub nu.30.in uers.Adde singulariter, & ita dico, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Mulier iure Longobardorum viuens,an possit sine mundualdo testamentum condere.*

2 *Alienationis appellatione non comprehenditur hæredis institutio,sed contra,nu.10.*

3 *Alienare quis propriè dicatur.*

4 *Actus testandi non debet dependere ex alieno arbitrio,decl.nu.11.*

5 *Statutum prohibens mulierem non posse sine consensu propinquorum testari non babet locum in testamento fa-*

to facto ad pias causas sed contra nu. 13. & declara num. 14

6 *Omnis actus, per quem dominium transfertur esse alienatio.*

7 *Alienationis appellatione venit hæredis institutio.*

8 *Dispositio respiciens alienationem, comprehendit etiam alienationem, quæ fit in ultima voluntate, quam do solennitas fauore publico adhiberi debet.*

9 *Prohibitio legis & testatoris æquiparantur.*

12 *Statutum prohibens quod mulier sine mundualdo non possit testari, valet,*

15 *Laicus quando est institutus, & pia causa substituta, tunc testamentum sine solennitate statutaria conditum non valet etiam fauore piæ causæ fideicommissariæ substitutæ.*

Consilium VII.

1 MVlierem iure longobardorum testamẽtum sine Mundualdo condidisse præsupponitur, Ad præsens dubitatur an ualeat, & præsertim cum fideicommissarie substituta fuerit pia causa. Hoc dubium oritur ex lege longobarda in l. 1. in titu. qualiter mulieri libere alienare permissum est, in qua sancitur mulierem iure longobardorum uiuentem sine uoluntate ipsius, in cuius mundio fuerit non posse res mobiles, aut immobiles donare, aut alienare. Dubitatur modo an sub dicto alienationis uerbo hæredis institutio, & sic testamentum comprahendatur, si enim compræhenditur certum est illud sine mundualdo conditum, non ualere, si uero non compræhenditur, sine dubio est, testamentum ualere, & seruari debere.

2 In hac præsenti difficultate prima facie diceñ uidetur in dicta lege, alienationem non compræhendere hæredis institutionem, & sic testamentum, quod probatur auctoritate, & ratione.

Auctoritate probatur, ita tenent Bald. in cons. 253. volum. 3. Alexan. post Castrens. in l. ex facto. ff. de vulg. & pupill. Ias. in l. non idcirco. C. de Codicill. & Arnon. in epitho. 16.

Ratione uero probatur ex pluribus.

3 Primo. Nam alienare proprie dicitur in actu inter uiuos, quando uiuens a se remouet in alium transferendo, puta uendendo, donãdo, dando in dotem, vel alias in solutum, uel quid simile faciendo, quo ipse uiuens re ipsa priuetur, quæ alterius fiat, & sic in actu inter uiuos alienatio dicitur omnis actus, per quẽ dominium transfertur, ut l. 1. C. de fund. dotal. facit l. fin. & totus tit. C. de reb. alien. non alienand. c. nulli. & tot. tit. extr. de reb. eccles. non alienand. & probatur in §. alienationis. in auth. de non alienand. seu permutan. & ita videtur velle Ias. in §. item si quis in fraudem, in 3. colum. Inst. de action. quæ cõclusio procedit etiam in statuto, cum simplicis alienationis appellatione intelligatur de ea in statuto, quæ fit per uiam contractus. Bart. & cæteri, in l. si quis ita. §. ea lege. ff. de verb. oblig. in l. peto. §. fratre. de legat. 2. Alex. in l. uel singulis, quam legit cum l. potest, colum. 1. versic. ista solutio non est bona. ff. de vulgat. & pupill. Doctores in l. filiusfamilias. §. Diui. ff. de leg. 1. Socin. in consi. 227. nu. 9. uol. 2. & Fulg. in consi. 215. quæ conclusio probatur in l. pater filium. §. fundum. ff. de leg. 3. ubi prohibita alienatione non uidetur prohibita hæredis institutio. & in l. ex hoc edicto. §. alienare. ff. de alienat. Iudic. mutan. caus. fact. ibi, sed, & hæredem instituendo uel legando si quid alienet, huic edicto locus non erit, si igitur alienatio intelligitur de ea, quæ fit inter viuos, & sic in contractu, & prohibita alienatione non dicitur prohibita hæredis institutio, sequitur quod in dicta l. longobardorum sub alienationis appellatione non compræhenditur hæredis institutio, & sic testamentum.

Secundo videtur ita concludendum ex doctrina Baldi in l. e a lege, sub num. 12. uersicu. aut est prohibita. C. de condit. ob caus. ubi dicit quod quando prohibetur alienatio, ut cõtra alienantis imbecillitatem prouideatur, tunc non uidetur prohibita institutio, vnde minor ab alienando prohibitus potest testari. l. Aurelio. §. fin. ff. de liber. legat. & Baldum ibi sequitur Salycet, & eundem secutus est Tiraquell. in tract. de legibus connubial. gl. 5. num. 100. & in tract. de retractibus tit. 1. §. 26. gl. 1. numer. 3. ubi congerit multos, qui Baldi opinionem sequuntur. Sed lex longobarda statuit ne mulieres sine mundualdo possint alienare ratione imbecillitatis sexus, ne ob dictam imbecillitatem, & earum fragilitatem decipiantur, ut uoluerunt Bartol. Bald. Paul. de Castr. in l. transactionem. C. de trãsaction. Bartol. in l. qui exceptionem. ff. de condic. indeb. Bald. in l. pactum quod dotale. in 12. q. & ibi Dec. num. 19. C. de collat. in l. 2. circa medium. C. de adoption. in auth. sacramenta puberum. C. si aduers. uendit. & in l. 2. in 9. q. C. de rescind. uẽdit. Idem Bal. Raph. com. Imol. & Alexan. in l. 1. §. fuit quęsitum. ff. ad Trebell. Bald. in c. cum contingat, colum. 2. uers. sed numquid Ciuitas, extra de iure iur. & in consi. 407. præsupponendum est, colum. 2. lib. 2. & in cons. 60. quædam soror, & in consilio 394. statuto communis pauiæ. lib. 5. Socin. in l. 1. num. 6. ff. de reb. dub. & late Tiraquell. in tract. de legibus connubialibus, gl. 6. num. 37. ergo cum lex longobarda prohibeat alienationem, ne mulieres ob earum imbecillitatem, & fragilitatem impediantur, sequitur quod in dicta lege prohibita alienatione, non dicatur prohibita hæredis institutio, & sic testamentum.

Ratio diuersitatis est quia in alienatione inter uiuos interuenit duorum consensus, nã contractus dicitur ille qui est ultro citroque obligatorius, ut in l. Labeo. § contractum. ff. de uerbor. obligat. in quibus contractib. plerumque fit, ut uterque contrahentium alte-

rum

rum decipere curet, studeat, & conetur, vt in l. si voluntate. C. de rescinden. vendit. & ideo mulieres ob earum fragilitatem de facili decipi possent, ne igitur decipiantur, statutum fuit vt sine mundualdo alienare non possint, quæ ratio cessat in testamento, cum fiat a libera uoluntate testatoris citra consensum alterius, & ideo in eo non præsumitur fraus, ut in contractibus, vt probatur in l. ex hoc edicto. §. alienare. ff. de al. iud. mut. caus. fact. extra enim actum contrahendi fraus nunquam præsumitur. l. mentio, in princ. ff. pro socio, & in l. metum. C. de dolo, cum igitur diuersa sit ratio, immo ratio dispositionis legis longobardæ cum cesset in alienatione, quæ fit per testamentum, sequitur quod non potest illatio fieri de alienatione ad testamentum. arg. l. adigere. §. quamuis, de iure patron. & propterea quando prouidetur alienanti ne decipiantur, prohibita alienatione non dicitur prohibita hæredis institutio, & sic testamentum, nã dicta lex voluit prouidere ijs captionibus, quæ frequenter mulieres capiunt, non autem ijs quæ rarissime mulieribus nocent, & iuxta ad ea quæ frequenter accidunt aptantur. l. nam ad ea. ff. de legib. vnde uerisimile non est quod propter rarissimas deceptiones & læsiones statuentes voluerint ius commune immutare pro quo facit can. erit. 4. distin. Igitur cum in actu testandi fraus non præsumatur, & rarissime in isto actu mulieres decipiantur, sequitur quod non est verisimile legem longobardam prohibentem sine mundualdo alienationem uoluisse eam in actu testandi intelligere.

4 Tertio dicendum est ita debere determinari, hac consideratione; actus testandi non debet dependere ex alterius arbitrio. l. Senium. C. qui testam. fac. poss. l. illa institutio. ff. de hæred. institu. & l. tam is, §. 1. ff. de donat. caus. mort. igitur prohibita alienatione sine consensu eius, in cuius mundio mulier consistit, non dicitur prohibita hæredis institutio, & sic actus testandi seu testamentum, cũ si dictus actus testandi prohibitus esset, ipse actus ex alterius arbitrio dependeret, quod esset contra naturam actus, nam quod testator de rebus suis ex uoluntate propria disponat est de substantia dispositionis, vt patet ex diffinitione testamenti, quę scribitur in l. 1. ff. de testamen. & ideo quod disponat cum con sensu alterius est contra substantiam testamẽti, sed statutum contra substantiam dispositionis censetur irrationabile, ut no. gl. in cap. 2. & ibi bonus tex. de consuetud. lib. 6. sed quod est irrationabile non censentur statuentes disposuisse, nam irrationabile, & absurdũ a lege, vel statuto remoueri debet, arg. l. in pecudum. ff. de vsur. §. si quis in aliena tabula, & in §. pecudum. Inst. de rer. diuis. & l. nam absurdũ. ff. de bon. libert. cum simil. ergo prohibita alienatione non censetur prohibita hære dis institutio, & ita in casu simili per hanc considerationem dixit Alex. in cons. 59. nu. 6. lib. 3. quem sequitur Marian. Soc. iun. in consil. 163. num. 32. vol. 2.

Quarto & ultimo aliis omissis ita concludendum videtur, dato & non concesso, quod prohibitio alienationis sine mundualdo ad testamentum extendatur, ex Baldi doctrina in l. generali, in uers. quæro primo dicit statutum. C. de sacrosanct. eccles. ubi determinat, quod statutum in quo cauetur, quod mulier non possit testari sine consensu propinquorum, tale statutum non habeat locum in testamento facto ad pias causas, idem tenent Abb. in c. relatum, el 1. de testam. uersic. & ex his infero, & in cons. 31. circa duo, in uers. secundo principaliter lib. 3. Cald. in cons. ult. de constitut. Petr. de Ancharan. in cons. 259. Bal. in cons. 93. in fin. lib. 2. Paul. de Castr. in fin. & Andre. Alciat. in d. l. generali. Paul. de Castr. & Ias. in l. 1. C. de sacrosanct. eccles. Petr. de Anchar. in repet. c. 1. q. 11. de constitur. Abb. in c. ecclesia, colum. 16. uers. quid enim si statutũ, & ibi Felyn. colum. 61. uers. alia autem, de cõstitut. Socin. sen. in tract. oblationum, libello 9. in ultima q. Phil. Franc. in c. ult. de immunitat. eccles. lib. 6. Alex. in cons. 210. uolum. 2. Barb. in cons. 139. lib. 3. Francisc. Aret. in l. mą tum. colum. ult. versic. illud etiam scias. ff. de acquir. hæred. Firmia. in tract. de episcopo, in 4. par. lib. 4. in fin. q. 31. Ias. in l. si unus ex argentarijs. §. pactus ne peteret, colum. 9. uers. tertio limita. ff. de pact. & in l. filiusfamilias. §. Diui. num. 84. ff. de leg. 1. Dec. in c. in præsentia, in 14. not. uers. & ista conclusio, de probation. & in cons. 455. & 504. Io. Lud. in repet. rubr. de donat. inter uir. & vxor. §. 88. colum. vlt. Andre. Alciat. lib. 1. de verb. signifi. pag. 4. in fi. & Cæsar Lamber. in tract. de iu. patron. in 3. art. 5. quæst. princ. primæ part. lib. 1. per totum illum articulum, sed in casu nostro fideicommissarie substituitur pia causa, & sic sumus in testamento confecto ad pias causas, ergo licuit mulieri sine mundualdo testamentum condere.

Supradictis tamen in contrarium adductis non obstantibus, contrariam opinionem ueriorem esse puto, scilicet quod sub appellatione alienationis in lege longobarda hæredis institutio comprehendatur, & sic quod testamentum per mulierem sine mundualdo conditum non ualeat, quæ conclusio auctoritate, & ratione probatur auctoritate probatur.

Nam in specie ita tenet Matthæus de Afflict. in const. Regni, quæ incipit, instrumentorum robur. sub rubrica, de fide, & auctoritate instrumentorum, sub num. 3. in uersicu. & ideo, & deci s. 260. vbi dicit quod Domini de consilio in hanc partem inclinabant, & quod pro hac conclusione consuluit Dominus Petrus Picculus de Monte forti, & in addit. ad dictã decis. idem tenet Cæsar. Vrsill. & ante eos ita tenuit glossa Caroli in longobarda,

barda, de fanctimonialibus in l.si qua mulier, in verbo, quod autem dicitur, quam opinionem sequuntur Rober. Maranta in tract. de ordine iudicior. in 3. par. numer. 125. Anibal. Trois Cauensis in ritu 291. qui incipit item, quod curiæ, num. 4. Angel. in cons. 126. testamenti. Alex. in cons. 155. volum. 2. & Bernardin. Pannus in commentar. ritus magnæ Curiæ Vicariæ de præsentatione, & executione instrumentorum in secunda par. in 18. declaratione num. 85. vbi attestatur hanc esse communem opinionem, & in practica obseruari, & adeo est uere hæc conclusio, vt consuetudo in contrarium non obstet. Andre. in constit. Regni, incip. putitatem, & in constit. incip. vt uniuersis, & in l. imperialem. §. præterea ducatus, & in prælud. feudor. 3. q. princ. & Ioannes Thomas Minadoi in cons. 12. nu. 15. & 16. Ratione probatur ex pluribus.

6 Primo omnis actus per quem dominium transfertur est alienatio. l. 1. ff. de fund. dotal. l. fin. C. de reb. alien. nõ alienand. §. alienationis, auth. de non alienand. l. 1. §. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis, & l. alienatum, de verb. signific. Corn. in cons. 147. num. 21. 193. num. 2. volum. 1. & 252. num. 3. volum. 3. Crauet. in cons. 215. num. 2. & Negusan. in tractat. de pignor. in 3. membro 2. part. princip. numero 71. & 72.

Sed per hæredis institutionem transfertur dominium. l. cum hæredes. ff. de acqui. possessio. l. 5. ff. de bon. possess. titulo generali, & l. a Titio. ff. de furt. ergo per eam dicitur fieri alienatio, igitur prohibita alienatione censetur prohibita hæredis institutio.

7 Secundo probatur. Appellatione alienationis venit hæredis institutio. l. si quis prioris. §. certum. C. de secund. nupt. ergo per legem longobardam prohibita alienatione per mulierem sine mundualdo diciturетiam prohibita hæredis institutio. Confirmatur hæc ratio, si sub appellatione alienationis compræhenditur hæredis institutio, & legem longobardam vellemus intelligere in actu inter viuos tantum, vtique restringeretur, & detraheretur significatio uerbi, & sic cum detrahatur significatio uerbi, diceretur fieri interpretatio restrictiua, sed hoc dicere est inconueniens, cum in statutis secundum communem opinionem non habet locum interpretatio restrictiua. Doctores in l. omnes populi. ff. de iusti. & iure, igitur inconueniens est etiã dicere, quod in dicta lege longobarda sub appellatione alienationis non compræhendatur hæredis institutio, & tanto magis est uera hæc conclusio, quia statutum istud legis longobardæ est fauorabile, vt in casu simili dicunt Bart. in l. qui exceptionem, in princ. ff. de condit. indeb. Bald. Paul. de Castr. Alexan. & Ias. in l. transactionem. C. de transactio. Bald. in cons. 60. uolum. 5. Ang. in consil. 88. Alexan. in cons. 207. uolum. 6. Franc. Aret. in cons. 2. & Socin. in cons. 77. & etiã est equissimum, cum sit exclusiuum doli, & metus. Bald. in l. 2. in 9. q. C de rescind. uendit. ergo istud statutum cum sit fauorabile, latissimã recipit interpretationem. Bald. in l. 1. ff. solut. matr. in l. si constante. 9. q. primæ partis. ff. eo. & in l. omnes populi, & ibi Crotus. colum. 35. vers. tertia conclusio. ff. de iusti. & iure. sed appellatione alienationis uenit hæredis institutio. d. l. si quis prioris, & l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. quæ loquitur in materia prohibitiua, igitur in dicta lege longobarda sub appellatione alienationis uenit etiam hæredis institutio, siue dicamus quod proprie sub dicta alienationis appellatione compræhendatur, prout credo verum, cum proprie sub dicto verbo comprætendatur omnis actus, per quem dominium transfertur. l. fin. & ibi Bar. & Bald. C. de reb. alie. non alienand. tradunt Dec. & Cagnol. in l. non alienant. ff. de regul. iur. & per hæredis institutionem transfertur dominium, vt supra dixi, siue dicamus, quod sub lata, seu latissima significatione alienationis continetur, quomodocumque igitur sit, concludendum est, quod sub dicto alienationis verbo comprætendatur hæredis institutio, & ratio est, quia si proprie continetur nõ est recedẽdũ a verbis legis longobardæ. l. constitutionibus. ff. ad municipal. l. certa forma. C. de iu. fisci, lib. 10. & l. quod constitutũ. ff. de testamen. milit. cum simil. si non continetur proprie, sed improprie, & large, cum dicta lex sit fauorabilis, recipit hanc impropriã, latam, seu latissimam interpretationem.

8 Tertio probatur hac ratione. Causa decisionis huius legis longobardæ fuit fragilitas sexus, quæ respicit communem utilitatem mulierum, & sic est fauor publicus, sed quãdo solennitas fauore publico adhiberi debet, dispositio respiciens alienationem, comprætendit omnem alienationem, tam, quæ fit in actu inter uiuos, quam quæ fit in testamento, seu in alia altera vltima uoluntate. Bald. in l. ea lege, sub num. 12. vers. aut est prohibita, vt reipublicæ. C. de cõdit. ob caus. dator. Rip. in l. filiusfamilias. §. Diui. nu. 102. de leg. 1. & Io. Cephal. in cons. 53. num. 14. volum. 1. ergo dicta lex longobarda in dicto uerbo alienationis comprætendit tam dispositionem inter uiuos, quam ultimam uoluntatem.

9 Quarto probatur. Prohibitio legis, & testatoris æquiparantur in ista materia, patet quia quemadmodum prohibitio testatoris impedit translationem dominij. l. cum pater. §. libertis. ff. de legat. 2. ita etiam prohibitio legis. l. non dubium. ff. de legibus, & Inst. quib. alie. licet, in princ. uti ergo prohibitio alienationis per testatorem facta impedit institutionem hæredis. l. peto. §. fratre. ff. de legat. secundo, ita etiam dicendum est in prohibitione legis. Hæc ratio confirmatur dupliciter.

Primo dispositio testatoris est lex. §. disponat. authent. de nupt. sed quando a testatore pro-

prohibetur, impeditur institutio hæredis.d. §. fratre, ergo idem si a lege, vel statuto.

Secundo prohibitio facta in testamento prohibet hæredis institutionem mediante lege, nam si testamentum non esset lege firmatum nihil ualeret.l.hac cõsultissima.§. ex imperfecto. Cod. de testamen. ergo idem esse debet de ipsa prohibente, & multo magis, authen. multo magis. Cod. de sacrosanct. eccles.

Quinto, & ultimo alijs omissis probatur per textum in l.5.ff.de fund. dotal.& in l.quędam.ff. de acqui. rer. domin. dicta iura sic inducendo, in d.l. 1. dicitur quòd interdum lex Iulia de fundo dotali cessat, quòd est, ut ibi, quando transit fundus dotalis cum uniuersitate, ut quando transit ad hæredem. In d. l. quædam dicitur, quod quædam sunt, quæ non possunt sola alienari, tamen per uniuersitatem ad hæredem transeunt, ut fundus dotalis, modo sic, dictio interdum significat casum esse specialem, & regulam esse in contrarium, gl.in l.legitima.ff.de pact. Ias. in l.iurisgentium.§.prætor ait, num. 21.ff. eo.& in l. admonendi, num.7.ff.de iure iur. idem significat dictio, quædam.l.quidam, in princ.ff. de acqui.terum domin. si igitur dictæ dictiones in dictis legibus significant regulam esse in contrarium, ergo prohibita alienatione per legem, regulariter censetur etiam prohibita hæredis institutio. & quod verum sit, quod in dictis legibus sit casus specialis, & quod in contrarium sit regula generalis patet ex hoc, quia illa non sunt transmissibilia in uniuersali, quæ non essent transmissibilia in speciali.l. prima, in princ.ff. de offic. eius.l. qui peculij.ff.de peculio.& l.omnes.C. de quadr. præscript. si igitur contrarium determinatur in prænarratis legibus, sequitur quod sint casus speciales, & quod in contrarium sit regula generalis, & propterea cum per legem longobardam prohibeatur alienatio per mulierem sine mundualdo, censetur etiam prohibita hæredis institurio, & sic testamentum.

His sic firmiter stantibus non obstant in contrarium adducta.

10 Primo, non obstat primum fundamentum, quia sub uerbo alienationis proprie compræhenditur etiam hæredis institutio, & non est uerum quod sub dicto uerbo contineatur proprie tantum actus inter uiuos, nec leges adductæ id probant, ut ex lectura ipsarum est uidere, & supra dixi in tertio, & ultimo fundamento secundæ opinionis, immo dico quod si improprie sub dicto uerbo hæredis institutio contineretur, adhuc in casu nostro prohibita alienatione per legem longobardam censetur prohibita hæredis institutio, & ratio est, quia statutum istud legis longobardæ non est correctorium iuris communis, quod esset si absolute alienationem prohiberet, sed est iuris communis limitatorium, cum prohibeat alienationem fieri sine mundualdo, & permittat eam cum mundualdo fieri, quo casu statutum non est odiosum, iuxta doctrinam Bartol. in l. si constante. 9. quæstion. princip.ff. solut. matrimon. immo est fauorabile, ut supra in tertio fundamento dictum fuit, & ideo uti fauorabile latissimam recipit interpretationem. Bartol. in l. prima, ff. solut. matrimon. & in dicta l. si constante, in dicta nona, quæstion. quando igitur est correctorium iuris communis, quia simpliciter prohibet alienationem, tunc statutum non extenditur ad ultimam uoluntatem, sed restringitur tantum ad contractus, & in hoc casu loquitur Bartol. & cæteri in dicto §. ea lege, nec obstat dicta l. parer filium. §. fundum.ff. de leg. tertio quia loquitur quando prohibitio fit ad tempus, quoad ipse uixerit, & sic post illud tempus censetur permissa hæredis institutio, cum exclusio unius temporis sit alterius inclusio. arg.l. cum pater.ff. de iudic. nec obstat dicta l. ex hoc edicto.§. penult. quia ibi non prohibetur alienatio simpliciter, sed propter dolum alienantis, & sic illa alienatio dolum requirit, cum regulariter ergo hæredis institutio careat dolo, igitur non uidetur prohibita, & sic cum cesset ratio edicti, cessat etiam edictum, sed in casu nostro cum non cesset ratio, immo militet, ut infra deducam, & regulariter prohibita per legem alienatione, censetur etiam prohibita hæredis institutio, non est dubium, quod prohibita alienatione per legem longobardam, censetur etiam prohibita hæredis institutio.

Secundo non obstat aliud fundamentum in doctrina Baldi fundarum, nam considerandum est quod ea procedit ea ratione, quia minor ob eius imbecillitatem in contrahendo de facili decipi posset, cum in contractu duorum consensus interueniat, quæ ratio cessat in testamento: nam cum testamentum dependeat a sola & libera uoluntate testantis, & minor non est sub alterius potestate non cadit deceptio in eo testamento, nec per legem consideratur, cum extra actum contrahendi fraus non præsumatur l. merito. ff. pro socio. sed secus est in casu nostro, quia ob fragilitatem sexus, mulierem sine mundualdo alienare non posse lex Longobarda introduxit, & mulier est sub viri potestate, quæ ratio fragilitatis sexus, & imbecillitatis consilij uti habet locum in actibus inter viuos, ità etiam habet locum in vltima voluntate, & multo magis. nam humana fragilitas mortis cogitatione turbatur. l. hac consultissima.§. at cum humana. C. qui test.fac.poss. nam de facili mulier blanditiis viri teducitur ad testandum uti

eius uit vult, & desiderat, quæ seductio uxoris per uirum uti consideratur in conttactibus, ita consideratur in testamento, cum in utroque casu mulier disponatur ad faciendum de bonis suis tam in actu inter uiuos, quam in ultima uoluntate id, quod uir vult, & desiderat, quam rationem considerans lex longobarda, statuit mulierem sine mundualdo alienare non posse. immo in muliere coniugata tunc ius longobardorum strictius prohibet alienationem, quod patet ex eo, quod de ipso iure, ut alienatio rei per mulierem coniugatam facta, ualeat, est necesse quod ultra consensum mundualdi, sint præsentes consanguinei duo, uel tres mulieris, alias non ualet, ut est text. in longobarda, qualiter mulieri alienare permittitur. l. si qua mulier. & hoc ideo est, quia eius uir minis, & precibus induceret mulierem addisponendum de bonis ad uoluntatem suam: cum igitur ratio prohibitionis alienationis habeat locum in actu inter uiuos, & in testamento habet locum eadem dispositio, & ideo ob identitatem rationis non dicitur fieri extensio, sed lex loquitur l. his solis. Cod. de reuocand. don. tion. & quod lex loquatur patet, quia generaliter alienationem prohibet, ergo in quacunque alienatione loquitur, nam uerba legis generalia generaliter sunt intelligenda. l. de precio. ff. de publician. in rem actio. & l. prima, § generaliter. ff. de legat. præstan. cum igitur sub uerba alienationis continetur hæredis institutio, sequitur quod cousideratis uerbis legis longobardæ ex mente, & uerbis dictæ legis continetur hæredis institutio.

Non obstat tertia ratio, quia non est uerum, quod in casu nostro ob mundualdum actus testandi dicatur ex alieno arbitrio dependere, nam diceretur quando ordinaretur facio talem hæredem si Titius uoluerit, uel facio testamentum si Titius uoluerit, ut tradunt scribentes in l. captatoria. Cod. de militar. testament. quod non est in casu nostro, nam additur præsentia coniunctorum tantum ne mulier decipiatur propter sexus fragilitatem, vt supra dictum fuit, & testatur ex uoluntate propria, & dispositio eius a sua propria, & libera voluntate dependet, & non a uoluntate alterius, nec obstat si dixeris, quod immo dependet actus testandi in casu nostro a uoluntate alterius, quia si ille sub cuius mundio mulier extitit non vult consentire, utique mulier non poterit testari, cum sine consensu illius non possit testari.

Respondeo quod si ille non habet iustam causam contradicendi, iudex illum poterit cogere ut consentiat, aut etiam concedere mulieri facultatem testandi sine consensu illius, ut per Bartol. & alios in l. si cum dotem. §. eo autem tempore. ff. solut. matrimon. & nota quod licet ultima uoluntas non 11 possit conferri in uoluntatem alterius, tamen hoc uerum est per testatorem, sed non per legem, cum per eam id fieri possit, vt apparet in donatione causa mortis, quæ est species ultimæ uoluntatis. l. ultim. C. de donation. caus. mort. & tamen potest pendere ex alieno arbitrio. l. filiusfamilias, & l. tam is. ff. de donation. caus. mort. & probatur in l. captatorias. §. senatus prohibuit. ff. de hæredit. instituen. & ita tenent Angel. in consilio octuagesimooctauo, præmisso primo, quod solemnitas, & in consilio 126 testamenti factio. Benedic. Capr. in consilio vigesimoprimo. cum de duobus, columna secunda, uersicu. sed his non obstantibus, & columna tertia, uersicu. quod, & primo, & Socin. in l. pactum quod dotali, ad fin. C. de pact. & ideo tale statutum 22 ualet quod mulier sine mundualdo non possit testari. Bald. in l. non idcirco. C. de codicill. & in l. si cum dotem. §. eo autem tempore, & ibi alij scribentes. ff. solut. matrimon. & in consilio decimo, Bald. in rub. C. de contrahen. emp. in vigesimaquarta, quæst. & in l. omnes populi, columna septima, uersicu. item si statutum dicat. ff. de iustit. & iur. idem Bald. & Salycet. in l. prima, C. unde uir. & uxor. & ipse Bald. in l ex duobus. §. ultim. ante fin ff. de vulg. & pupill. in cons. 208. uolumine tertio, & in consilio 139. uolumine quinto, Corn. in consilio 241. columna secunda, uolumine secundo, Angel. in §. pronuntiatum, authent. ut fac. no. constitut. lat. in l. ex facto, columna secunda, in 3. not. & vterum in columna quarta, facit ista lex, & ibi quoque Claud. Seyss. columna secunda, ff. de vulgar. & pupillar. substitut. Dec. in cons. 612. & in cons. 455. Cotta. in memor. in uerba statutum quod uxor. Afflict. in decision. 260. & ibi Vrsill. in additionibus, & Tiraquell. in tractat. de legibus connubialibus, in glos. quinta, numero 94 & 97. cum seqq.

13 Nec obstat demum ultima ratio, quia illi dupliciter respondetur, & primo nam, quod fauore piæ causæ testamentum non ualeat si extet statutum quod mulier sine consensu propinquorum testari non possit, & quod sine ipsorum consensu testetur, tenent Alber. in secunda parte statutorum, quæstion. secunda, ex prædictis oritur in fin. Salycet. in authent. Cassa. in penult. quæst. quæ est in colum. ultim. uersicu. quæro modo de statuto. C. de sacrosanct. eccles. Cardin. Flor. in c. perpendimus, in 9. quæst. de sentent. excommunicat. Roman. in consilio 166. numero secundo, & tertio, & in repet. authent. similiter, in in 6. speciali piæ causæ inter conttactus. C. ad l. Falcid. Alexan. in consilio 93. uolumine secundo, Barbat. in cons. 14. columna quarta, uers. & adduco, quod uoluit. lib. 2. & in consil. 65. lib. quarto. Domic. Bonti cui se subscripsit.

Corn.

Corn. inter consil. ipsius Corn. consilio sexagesimoquarto, lib. 3. & Dec. in capit. ecclesia, col. pen. de constitut. quæ conclusio probatur hac ratione. Lex longobarda generaliter loquitur, & sic generaliter prohibet alienationem sine mundualdo, ergo generaliter debet intelligi, nec patitur aliquam restitutionem etiam fauore piæ causæ, quæ conclusio procedit in quolibet statuto generaliter loquente, ut probatur primo, in l. in fraudem. §. final. de milit. testam. ubi edictum prætoris loquens per uerba generalia comprændit etiam personas priuilegiatas.

Secundo probatur in l. obligari, in princ. de auctor. tutor. & in §. eadem lege. Inst. quib. ex caus. manu. non poss. ubi dispositio generalis prohibens pupillam nihil posse alienare sine tutoris auctoritate comprændit pupillum manumittentem seruum, & sic exercentem opus pium, nam libertas est actus pietatis. l. 1. ad fin. & ibi no. Bald. C. commun. seru. manumiss. & hinc est quod libertas, & causa pia æquiparantur, ut tradunt Bartol. & Imol. in l. proxime. in fi. ff. de his quæ in testam. debent, idem Bartol. in l. si unus. C. de testam. & in l. Titio usufructus. §. ultim. ff. de condition. & demonstr. Bald. in l. secunda circa princ. C. de fideicomm. libert. & in l. si iure. C. de manumiss. testam. & Alexan. in l. centurio, columna secunda, ff. de vulg. & pupil. immo libertas est fauorabilior quamuis alia pia causa, ut probat Tiraquell. in repet. l. si unquam, in uerb. donatione largitus, numero 329. Cod. de reuocand. donatio. uerum hæc responsio patitur difficultatem propter Doctores contrariam opinionem tenentes, & ideo.

14 Secundo respondetur, quod ante dicta conclusio procedit ubi pia causa esset instituta, sed secus est in casu nostro, in quo laicus institutus fuit, quo casu quantum ad ipsum laicum institutum testamentum non ualet, & stante inualiditate testamenti hæreditas adiri non potest, & ideo corruunt omnia legata, & fideicommissa relicta in tali testamento. l. si nemo. ff. de testament. tutel. etiam si facta essent ad pias causas, prout est communis opinio, ut tradit Ias. in l. eam quam, numero decimonono, C. de fideicomm. & per hanc rationem quando laicus est institutus, 15 & pia causa substituta, quod testamentum sine solemnitate statutaria conditum non ualeat etiam fauore piæ causæ fideicommissariæ substitutę tenent Salycet. in dicta authent. Cassa. in quæstion. nona, in fin. Alexan. in consilio 209. libro secundo, numero decimosexto, et in consilio 177. numero sexto, uolumine secundo, ubi specifice loquitur. Anton. de Cutr. in capit. quod clericus de foro compet. Socin. in consilio quinto, num. 11. uolumine tertio, et in consilio 115. numero septimo, uolumine quarto, Dec. in consilio 455. numero nono, Ias. in l. hac consultissima. §. ex imperfecto, sub numero decimo, in uersicu. in casu autem è contrario. C. de testament. Angel. in l. final. uersicu. in ea glo. C. de fideicomm. Ias. in l. prima, tam in prima lectura numero vigesimoquarto, quam in secunda lectura numero vigesimooctauo, C. de sacrosanct. eccles. Boer. quæstion. 93. & Fernandus Vasquius in tractat. de success. creat. libro tertio, §. 22. num. 12. vbi asserit hanc esse receptiorem opinionem, quam puto ueram, cum testamentum respectu solemnitatis inualidum dicatur, quo in casu inspicitur persona instituta, vt dicit Socin. in dicto consilio 115. uolumine quarto, & notabiliter tradit Bartol. in l. final. ff. de his quæ pro non scripsit. habent, vbi dicit quod licet legata ad pias causas ualeant cum duobus testibus, ut in capit. relatum, extra, de testament. tamen quando testator legauit vni coram duobus testibus, & eum grauauit de restituendo ecclesiæ, vel pauperibus, certe illud legatum est pro non scripto, nihil ualet, sed remanet apud heredem cum onere suo, quem sequitur Ias. in l. Marcellus, numero trigesimosexto, ff. ad Trebellianc. nec obstat huic conclusioni dictum Baldi in l. auia. §. Titio. ff. de condition. & demonstration. ubi per illum text. dicit, quod si legatum factum sit mihi, & fideicommissum iniunctum, quod debeam illud restituere ad pias causas amore Dei, non solum fideicommissum, quod inmediate est ad pias causas, sed etiam primum legarum inspecto fine dicitur ad pias causas, & idem tenet Paul. de Castr. in l. cum dotem. ff. ad l. Falcid. Ratione cuius dicti Baldi Decius sibi contrarius contrariam opinionem tenuit in consilio 504. quia respondetur dictum Baldi procedere quando immediate, & sic pure facienda est restitutio piæ causæ, & ita loquatur ipse, & Paul. de Castr. secus quando non pure & immediate, sed in diem seu sub conditione facienda est restitutio, nam tunc consideratur principium, & non finis, ita notabiliter dicunt Alexan. & Ias. numero trigesimoquinto, in dicta l. Marcellus, & Bartholomæus Socin. in consilio 49. uolumine quarto.

Ex prædictis igitur patet dictum testamentum conditum per mulierem sine mundualdo iure longobardorum viuentem non ualere. Et ita iuris esse censeo, & consulo, & ita per Curiam Aquilanam fuit decisum.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *In pacto requiritur consensus utriusque, qui expressus esse debet.*
2 *Tacitus consensus in pacto quando sufficiat.*
3 *Tacens, & præsens ubi de eius utilitate agitur consentire dicitur, declara nu. 4.*

5 *Confessio præsenti, & tacenti facta non intelligitur ab eo acceptata.*
6 *Tacere est medium inter consentire, & dissentire.*
7 *Quando lex requirit voluntatem, seu consensum, tunc non sufficit præsentia, sine contradictione.*
8 *In pacto requiritur quod utriusque consensus contemperaneus sit, & sic quod eodem tempore utriusque consensus concurrat.*
9 *Consensus in pacto ex interuallo quando possit interuenire.*
10 *Pollicitatio priuatæ personæ fieri potest, declara numer. 11.*
12 *Pollicitatio facta priuatæ personæ naturalem obligationem non parit, amplia nu. 13.*

Consilium VIII.

Dubitatur an promissio perfunctorie facta per Ioannem Angelum alias Laude Ioanni Petro Ientileschæ de non contradicendo contractui faciendo per Pretiosam eius matrem ualeat, & actionem producat ita, & taliter quod dictam promissionem obseruare teneatur, & omissa disputatione concludendum est huiusmodi nudam promissionem nullum operari effectum, & ex ea non oriri nec actionem, nec naturalem obligationem, & hoc uerum esse demonstratur hac consideratione.

Pars aut vult huiusmodi promissionem esse pactum nudum, aut pollicitationem. Si dicit esse pactum nudum, & tunc in eo nullum potest facere fundamentum ex infrascriptis.

1 Primo in pacto requiritur consensus utriusque l. 1. ff. de pact. qui consensus expressus esse debet, & non sufficit tacitus, prout tenent Aret. in l. 2. ff. de pact. Gul. de Cun. in l. senium, & ibi Bald. C. qui testam. fac. poss. Dec. num. 3. & Zuccard. Ferrarien. num. 7. & 8. in rub. C. de pact. Crot. in 2. lectura columna prima, Mandell. nu. 75. & 93. & Torniellus num. 63. in rub. ff. de uerb. oblig. quæ cõclusio probatur ex diffinitione pacti posita per Iuriscon sultum in d. l. 1. sic arguendo. Dictio plura respiciens determinabilia, ea pariformiter respicere debet. l. iam hoc iure. ff. de vulg. & pupill. substit. sed in diffinitione pacti illud uerbum, consensus plures respicit, idest duorum consensus, ergo quemadmodum ex parte unius debet adesse expressus consensus, ita etiam ex parte alterius, vel aliorum. Secundo probatur hæc conclusio ex dicta diffinitione, eam sic induendo. Id quod ponitur in diffinitione loco generis debet proprie accipi, cum genus proprie prædicetur de qualibet sua specie, vt dicit Bal. in l. 2. C. de iu. aureo. anulo. sed dictio consensus posita in diffinitione pacti stat loco generis, ergo proprie accipi debet pro proprio, & uero consensu, sed consensus expressus dicitur proprie consensus, & tacitus, seu præsumptus dicitur improprie consensus, ut probatur in l. 1. §. uoluntatem. ff. solut. matrim. ponderando ibi uerbum uidetur, quod impropriietatem denotat. l. 5. §. deiecisse. ff. de ui & ui arm. igitur ad inducendum pactum requiritur proprius, & expressus consensus, & ratio est, quia qui tacet neque consentit, neque contradicit. l. qui tacet. ff. de reg. iur. sed in casu nostro tempore præstensæ promissionis Ioannes Petrus consensum non præstitit, sed tacuit, ut in facto uerum esse præsupponitur, ergo huiusmodi promissio non dicitur pactum.

2 Et si dixeris quod immo etiam tacitus consensus sufficit prout communiter Doctores tenere uidentur tam in rub. C. de pact. quam in rub. ff. de uerbor. oblig. & probatur in l. Labeo, & in l. item quia. ff. de pact. Respondeo (quatenus sit uera hæc opinio) quod procedit quatenus nutu, signis, uel facto consensus manifestetur, alias tacitus consensus in mente retentus nihil operatur, arg. l. si repetendi, ubi gl. C. de condit. ob caus. & si denuo dixerit quod simplex taciturnitas sine nutu, signis vel facto introducit consensum quando agitur de utilitate præsentis, & tacentis, cum tūc

3 tacens, & præsens ubi de eius utilitate agitur; consentire dicatur. l. qui patitur. l. si remunerandi. §. passus. l. qui fide, & l. si fideiussor. ff. mandat. l. donationes. §. species. ff. de donat. l. item quæritur. §. qui impleto, cum l. seq. ff. locat. & l. die sponsaliorum, in princ. ff. de posit.

4 Respondeo, quod prædicta conclusio procedit quando per aliquod factum perfectū constat de consensu, nam tunc præsens, & tacens, ubi de eius utilitate agitur consentire uidetur & in his terminis procedunt iura allegata, ꝙ patet, quia in dicta l. qui patitur, interuenit contractus ualidus, uidelicet mutuum perfectum, & fideiussio ualida, in cuius consequentiam qui mutuum recepit obligatur mandati, non quia tacens præsumatur consentire in his, quæ sibi afferunt emolumentum, sed quia consensus mandati uenit in consequentiam mutui recepti, & fideiussionis præstitæ, qui sunt actus perfecti, & ita procedit dicto §. passus. d. l. qui fide, & d. l. si fideiussor.

In eisdem terminis procedit dicto §. species, & dicta l. die sponsaliorum, nam in illis casibus ultra præsentiam, & taciturnitatem, & utilitatem interuenit traditio rei, qui actus traditionis rei nostræ uel nobis debitæ, uel etiam alienæ nostro nomine fi solet operari, ut nobis etiam absentibus, & ignorantibus acquiratur actio. l. certi condictio. §. si nummos. ff. si cert. petat. debet multo magis operari ut acquiratur actio præsenti, & traditio videatur facta mediante persona ipsius præsentis per locum a fortiori, pro quo facit, quod dixit Bartol. in l. quæ dotis. num. vigesimosecundo, & vigesimoquarto, ff. solut. matrimon. ubi dicit quod ubi agitur de translatione rei, facilius quis præsumitur consentire

sentire si non contradicit, etiam ubi tractatur de eius præiudicio, seu de ammissione talis rei, ergo multo magis videtur consentire ubi de eius utilitate agitur, & ita etiam procedit d. l. item quæritur. §. qui impleto. cum l. seq. ff. locat. nam ibi interuenit factum ab utraque parte, uidelicet possessio, seu detentatio rei conductæ ex parte conductoris finito primo termino, & patientia ex parte locatoris.

Et sic apparet quod præsens, & tacens, & si de eius utilitate agitur consentire præsumitur quādo interuenit seu præcedit actus perfectus, in cuius consequentiam silentium præsentis pre se fert contentum, si uero nullus actus perfectus præcedit, vel interueniat silentium unius nudum non perficit consensum, nec habetur pro consensu, licet de tacentis utilitate agatur, & quod hæc conclusio sit uera probatur, auctoritate, & ratione, auctoritate probatur, nam vltra supradictos doctores ita tenent Mandell. num. 93. Torniell. numer. 6. in rub. ff. de uerb. oblig. & in d. rub. Camillus Plautius in lib. 6. c. 3. num. 17. vbi inter modernos hāc crebriorem opinionem esse dicit, Bolognett. in rub. C. de pact. nu. 36 & 37. vbi notabiliter loquitur. Dec. in l. 2 C. de pact. & esse communiorem apparet ex hac alia conclusione.

Confessio enim præsenti, & tacenti factā nō intelligitur ab eo acceptata, & per consequēs non præiudicat confitenti. Salycet. in l. un. in 15. opposit. C. de confess. Ias. in l. postquam liti. col. 1. C. de pact. & in l. qui Romæ. §. coheres. num. 3. ff. de uerbor. obligat. Felyn. in c. si cautio. col. 5. post princ. uers. fortius. nu. 23. de fi. instrument. Alciat. nu. 7. vbi communem attestatur Mandell. nu. 79. Rip. nu. 22. ubi similiter hanc esse communem opinionem affirmat, & Iacobus Alba. nu. 79. in rubr. ff. de verb. obligat. Bald. in l. suus, in 2. not. C. de repud. hæredit. Flor. in l. fin. ff. de interrogat. action. vital. in tract. cautel. claus. 54. Castane. in consuetud. fol. 366. colum. 1. Rebuff. in concordant. fol. 255. Hispan. in c. per uestras. car. 72. de donat. inter ui. & vxor. Alex. in cons. 20. nu... vol. 4. & in cons. 82. vol. 4. & in consil. 111. vol. 3. Franc. Aret. cons. 78. Curt. sen. in consil. 77. Curt. iun. ubi dicit communem, cons. 149. Soc. in reg. 63. in 2. ampliat. Paris. in cons. 131. col. pen. uol. 1. Bertrand. in cons. 83. & in cons. 86. vol. 2. & in cons. 216. vol. 3. ecce quod hic agitur de utilitate tacentis, & tamen simplex taciturnitas non sufficit.

Ratione probatur, & primo tacere est medium inter cōsentire, & dissentire, c. is qui tacet. de reg. iur. in 6. l. 1. §. scientiam. ff. de tributor. & Bart. in l. quæ dotis, colum. 4. nu. 21. ff. solut. matrim. & ideo cum adsit duplex coniectura fortior debet tollere minus fortem. l. Diuus. ff. de in integr. restit. una igitur coniectura quod tacens præsumitur consentire, quia agitur de eius utilitate, tollitur per alteram magis fortem, quæ est, quod cum ille præsens taceat, & agatur de eius vtilitate, verisimile est, quod si uellet illam promissionem, seu oblationem acceptare, id manifestè indicare, cum sit ei facile id facere, & a communiter accidentibus soleat fieri, ideo cum id non faciat, debet haberi pro dissentiente, argum. l. vnic. §. sin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend. & non mirum, quia sæpe contingit, quod ea quæ verè sunt nobis vtilia, nobis tamen non placent § huius autem, in fin. Inst. de actio. Ias. in l à Titio, col. 2. ff. de uerbor. obligat. glo. & Bart. in l. cum seruus. ff. de condit. ob caus. & aliquando faciendo alicui id, quod bonum est, censemur ei inferre iniuriam. l. si seruus. §. & si puerum. ff. ad l. Aquili.

7 Secundo, & ultimo aliis omissis probatur. Nos habemus, quòd, quando lex requirit voluntatem, seu consensum, tunc non sufficit præsentia sine contradictione Bal. in l. fi. §. necessitatem, sub num. 20. C. de bon. quæ lib. & in l. 2. §. uoluntatem. ff. solut. matrim. & ibi Paul. de Castr. Io. Andre. & Dominic. de Sancto Gemin. in c. fi. de iudic. lib. 6. vbi uolunt, quod ex quo textus requirit consensum non sufficit sola scientia. per reg. is, qui tacet. de reg. iur. in 6. quos sequitur Socin. in cons. 112. sub numero 8. in fi. vol. 1.

Sed in casu nostro in pacto per legem requiritur duorum, pluriumuè consensus, ergo non sufficit præsentia cum taciturnitate.

Ideo est, quòd licet non sit de necessitate, quòd in pactis uerbis expressis consensus exprimatur, tamen debet demōstrari per signa aliqua exteriora, ut nutu, signis, vel facto, quo casu tacitus expresso æquiparatur glos. in l. item quia in princ. in uerbo, nutus. ff. de pact. & hoc modo intelligitur tacitus consensus in dicta l. Labeo, ut colligitur in illis uerbis, & ideo.

Nam exempla licet regulam non restringant, tamen declarant in quibus terminis lex loquatur, l. damni infecti. la secunda, & ibi Doctores, ff. de damn. infect. & idem est in d. l. item quia, vbi ex facto apparet de tacito consensu.

Apparet igitur quòd ubi nullus actus perfectus præcedit, uel interuenit silentium unius nudum non perficit consensum, nec habetur pro consensu, licet de tacentis utilitate agatur, quæ conclusio, ultra supradicta, probatur per l. 1. §. si quis simpliciter. de verb. obligat. ipsum ex mente Tornielli subtiliter inducendo, & propositum in mente retentū nihil operatur. l. si repetendit ubi gloss. C. de condit. ob caus.

Et hinc est, quòd Baldus in l. unic. C. de his, qui ante apert. tab. concludit, quòd, quando aliquid est omnino omissum, tunc habetur pro omisso. l. commodissime. ff. de liberis, & posthumis. Aut sequitur ad

aliquod expressum, & tunc reputatur omissum casu, & ideo habet locum regula glossæ l.tale pactum.§.fin.ff.de pact.

Sed in casu nostro signis nec facto demonstratur consensus dicti Ioannis Petri tempore prætensę promissionis, immo constat de contrario consensu, quia ex quo noluit Ioannes Angelus consentire, & interuenire contractui, & ideo Ioannes Petrus noluit tunc temporis contrahere, & dictam domum emere, apparet quod nudam illam promissionem non acceptauit, & ideo tunc temporis non interuenit utriusque consensus expressus, nec tacitus, seu præsumptus, & per consequens dicta promissio facta præsenti, & tacenti non dicitur pactum.

8 Secundo non esse pactum demonstratur hac alia ratione. In pacto requiritur, quod utriusque consensus contemporaneus sit, & sic quod eodem tempore utriusque consensus concurrat.gl. communiter approbata in l. 2.ff.de action.& obligat.Bart.in l.3.§.idē scribit. colum.2.ff. de pecul. & in l. absenti.ff. de donat.gl.in l.1.ff. de contra. emptio. Hieron. Verc.num.24.Galliaul.num.189.Mandel.nu. 48.& alij Doctores in rub.ff.de verbor. obligat.& Bolognet.in rubr.C.de pact. num. 25. & ideo non sufficit si ex interuallo consensus vnius interueniat, & propterea non est sufficiens nec ex interuallo acceptare promissionem ab aliquo mihi factam, sed in cōtinenti assentiri debeo, vt tradit Imol. in l. si stipuler.§.ultimo,& ibi Aret.notat.ff.de uerbor. obligat.& eandem opinionem tenent Bart.num.17.Socin.colum.4. uers.circa prædicta,& Galliaul.num.51.& 53. in rub. ff. de verb.obligat.

Sed in casu nostro consensus Ioannis Petri interuenit ex interuallo post tempus celebrationis contractus,& non interuenit tempore prætensę promissionis, ergo ex ista promissione non inducitur pactum. Et si dixeris,quod immo sufficiat utriusque partis consensum quandocumque concurrere, atq; ita non uitiari pactum ex longo temporis interuallo,dummodo aliquo tempore concurrat, vt tradit gl.in l.si stipuler.§.ultimo.ff.de uerbor.obligation.& ibi Alexan.probat.num.4. quam opinionem tenent etiam Anton. de Butr. in cap. 1. de litis contestat. Alexan. Ias. Crot.num.13.& Rip.numer.14.in l.1 §.1.ff.de uerb.obligat.

9 Respondeo quod quatenus sit uera hæc opinio procedit dummodo consensus iste ex interuallo præstitus per nuncium præstetur, aut per epistolam, aut vtroque præsente id factum fuerit, nam quod uttoque præsente cōsensum præstari oporteat, tenet gl. in l. consensu, in uerbo consentire.ff.de actio.&oblig. Idem tenent Bartolus, colum.4.circa med. & Galliaul.num.53. vbi communem esse attestatur in d.rub.de uerb. obligat.& ibi eādem tenet opinionem Camillus Plautius in lib.6. cap.5.quæ conclusio fallit quando interuenit nuncius, vel epistola.d.l.consensu.ff. de actio. & obligat.l.Labeo.ff.de pact.& l.qui autem. §.ult.ff.de constitu.pecun.& ideo necesse est quod uterque præsens existat, aut si non adest utriusque præsentia, interueniat nuncius, vel epistola, sed in casu nostro tempore celebrationis contractus non interuenit utriusq; præsentia, nec interuenit nuncius, vel epistola Ioannis Angeli, ergo consensus ex interuallo præstitus non fuit sufficiens ad pactum inducendum.

Si uero pars dicit esse publicationem, & tunc dico neque in hoc ipsam pacem fundamentum facere posse, quod probatur ex infra scripta consideratione.

10 Licet contrauersi iuris sit an pollicitatio priuatæ personæ fieri possit, tamē dato quod possit fieri, prout tenent Ias.num.7. qui communem dicit num.57.& Rip.num.21. ubi similiter communem esse attestatur in rub.ff.

11 de uerbor obligat. Tamen est uera hæc conclusio quando fit priuato non consentienti, veluti furioso, infanti, item absenti ex causa onerosa,& ei qui dixerit, se neque recusare, neque acceptare.gl. communiter approbata in l.1.ff. de action. & obligat. Ias. Socin. Galliaul. Alciat. Torniell.num.60.Mandell.num. 47.Leon.num.87 & alij communiter in rub. ff.de uerb.oblig. Socin. & Ferrarien. in rubr. C.de pact. Sed in casu nostro promissio non est facta absenti,& ex causa onerosa, & ei qui dixerit, se neque recusare, neque acceptare, nec præsenti scilicet furioso, vel infanti, ergo ista non dicitur pollicitatio.

12 Præterea certum est quod pollicitatio facta priuatæ personæ naturalē obligationem non parit, vt probant gl.in l.si unus.§.pactus. ff.de pact.& ibi Guliel.Cum. Bartol. numer. 16.Bald.& Fulgos. Batt. & Bald.in l. illud. C. de sactosanct. Alex.in l.1.in fin.ff. de pact. Ias. in l.iurisgentium.§. sed cum nulla.ff. de pact. & Ias.num.8 in rub.ff de uerb. obligat. & ibi Socin.& San Seuerin. Abb.in c. ex parte, de censib. & in c. cum inter uniuersas, de elect. Io. Andre. Bald.& Felyn.in cap.1.colum.5.in fin.uers.circa quartum.num.7.& colum.seq. de pact.& ob id.

Abb.in d.c.cum inter, dicit quod non oritur actio secundum ius canonicum, & ibi communiter Doctores sequuntur eam opinionem, quam tenent etiam in d. rub. Galliaul.num.201.Crot.num.17.Ruyn.num. 22. Socin col.4.& Alciat.nu.10.

13 Quæ conclusio non patitur difficultatem quando consensus ex interuallo sequitur, nā tunc non reddit pollicitationem efficacem. Bart.num.17.Ruin. num. 22. Galliaul. num. 189.& 190.Socin.& Alciat.num.8.in d. rubr. de uerb. oblig. vbi communem opinionem esse fatetur, idem tenent Bart. Bald. & Fulg. in l.si unus. §. pactus. ff. de pact. & ideo cum consensus ex interuallo præstitus non inducat

cat

cat efficaciam, sequitur quod ex ea non oritur naturalis obligatio, & propterea exceptionem non parit.l.rescriptam.§.ultimo.l. si tibi decem.§.si pactus.ff.de pact.Alexan. in l. stipulatio ista.§.alteri,colum.1.in fin. num.6. ff.de uerbor.obligat. & Galliaul.in d.rub.nu. 191.& ideo non prodest ad compẽsationem, neque ad retentionem,Alex.in d.§.alteri. colum. 11.in princ.nec ad exceptionem Socin. col.4.& Gallia.nu.192.in d.rub.

Et hinc est,quòd,quando non oritur naturalis obligatio non peccat, qui promissa non seruat,& ideo non est locus denunciationi euangelicę.Alex.in d.§.alteri.col.2.in fi.& col. 3.in princ.nu 9.

Sed in casu nostro ista prætensa promissio quatenus sit pollicitatio, non producit naturalem obligationem, tum, quia facta est priuatæ personæ, tum, quia consensus ex interuallo per dictum Ioannem Petrum præstitus fuit, ut præsupponitur, ergo ex ea etiam de iure canonico non oritur actio,non compensatio,non exceptio, non retentio, nec est locus denunciationi euangelicæ,& non dicitur peccare si non obseruat.

Ex prædictis apparet, quod ista promissio perfunctoriè facta non est pactum, nec pollicitatio, & quatenus sit pollicitatio, non producit actionem,nec naturalem obligationẽ, & ita iuris esse censeo,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Datio insolutum vicem emptionis obtinet.*
2 *Bona in dotem data si æstimata fuerunt vir ea restituere non tenetur sed pretium æstimationis.*
3 *Idem est, quando pro precio determinato fuerunt data pro se, & suis hæredibus, & successoribus.num.4. Declara num.5.subdeclara num. 6.7.8. Item declara num.9. subdeclara num. 10.11.12.13. Item declara num.14. Sed contra num. 15. Item declara num.16.subdeclara nu.17.Item declara nu.18.subdeclara nu.19.& 20.*

Consilium IX.

MAgnificus Ioannes Iacobus Eusanius de anno 1533.die vero 19.Ianuarij nuptui tradidit Dominam Claudiam eius sororem nobili Ioanni Bernardino Grasciæ, & pro oneribus dicti matrimonij dotis nomine promisit septingentos florenos,& lectum,& bona mobilia condecentia, ut apparet ex instrumento dotali confecto manu egregij Notarij Valerij de Pizulo.

Deinde dictus Ioannes Iacobus non habens pecuniam præ manib. pro dictis septingentis florenis dedit ipsi Ioanni Bernardino insolutum,& pro soluto pro se, & suis hæredib.& successorib.nonnulla bona stabilia sita, & posita tam in territorio de Mõticulis, quã in territorio,Castri Sancti Eusanij,vt constat in quodam instrumento sub die 25. Mensis Augusti de anno 1536.confecto manu egregij Notarii Ioannis Baptistæ Philauri.

Demum orta lite pro dictis bonis stabilib. inter ipsum Ioannem Iacobum ex vna,& inter dictum Ioannem Bernardinum ex altera parte, fuit deuentum ad transactionem, in qua omnia bona stabilia sita, & posita tam intus Ciuitatem Aquilæ,quam in territorio Castri de Monticulis restituta,& consignata fuerunt dicto Ioanni Iacobo,omnia verò bona stabilia sita, & posita in territorio Castri Sancti Eusanii remanserunt in posse dicti Ioannis Bernardini, ut apparet ex instrumento in die secundo Mensis Iulij de anno 1539. confecto manu egregij Notarij Ioannis Baptistæ Pianellæ.

Ad præsens contingit dubitare, an dicta transactio fieri potuerit per dictum Ioãnem Bernardinum, & an ualuerit, & ualeat; nam pro parte mulieris, scilicet Dominæ Claudiæ,seu hæredum ipsius prætenditur fieri nõ potuisse dictam transactionem per ipsum Ioannem Bernardinum ex tribus.

Primo,quia transactio cum sit species alienationis,non potuit fieri sine Regio assensu, & præsertim in hoc Regno.

Secundo, quia dicunt dicta bona insolutum data esse bona dotalia, & ideò sine consensu, & interuentu mulieris fieri non potuisse.

Tertio,quia dicunt euidentissime in dicta transactione mulierem fuisse læsam.

His in contrarium adductis non obstantibus,omissis cauillationibus,& subtilitatibus, quæ de vento existunt,concludendum est dictam trãsactionem fieri potuisse per dictum Ioannem Bernardinum, & eam ualuisse, & ualere, & omnia debere obseruari tam per dictum Io.Bernardinum,quàm per hęredes ipsius Dominæ Claudiæ uxoris ipsius Ioãnis Bernardini,& hoc verum esse demonstratur apertissime ex infrascriptis.

1 Primo, dicta bona stabilia per dictum Ioãnem Iacobum pro septingentis florenis insolutum tradita fuerunt Ioanni Bernardino, quæ insolutum datio uicem emptionis obtinet.l.si prædium in fi.C.de euiction.l.elegan ter.in princ.& ibi gl.ff.de pignorat.actio.& l. pretii.C.de rescindend. uendit. igitur sequitur,quòd dictus Io.Bernardinus uir Claudię ex dicto titulo dationis insolutum, qui emptionis uicem obtinet, effectus est irreuocabiliter dominus,prout est de natura emptionis.l. ex empto. in prin. ff. de actio. empt. & propterea dicta bona insolutum data non sunt dotalia, sed in dotem sunt dicti septingenti floreni, & ita in terminis tradit Corn. in cons. 92. columna tertia, numero octauo, uolumine quarto, quem sequitur Marcus

An-

Antonius Natta in consilio 650. numero 3. uolumine 4.

3 Secundo dicta bona cum fuerint æstimata, dicta æstimatio emptionem facit, & ideò uir nõ tenetur restituere prædia, sed pretium æstimationis. l. quoties. & l. si inter. & ibi glo. & Doct. C. de iu. doti. l. ex conuentione, & ibi gl. & Doct. C. de iu. doti. l. ex conuentione, & ibi Bal. & alii. C. de pact. l. plerumque. in prin. & in §. pen. cum seq. ff. de iure dot. notant Doctores in l. si æstimatis, & in l. æstimate. ff. solut. matrim. fingitur enim in huiusmodi æstimatione, quod maritus breui manu pro prædiis ab vxore, seu ab alio acceptis dederit ei pecuniam, & uxor. seu alius pecuniam pro dote dederit. l. singularia. ff. si cert. petat. l. 3. §. sciendum. ff. de donat. inter ui. & uxor. l. licet. §. quoties. ff. de iu. dot. & hoc est, quod voluit dicere Bal. in d. l. si inter. asserens, quod dicto casu contractus occultatur, & alius exprimitur, quia occultatur contractus emptionis, & exprimitur contractus dotis, & celeri manu transit de vno in alterum, prout eum refert, & sequitur Socin. in cons. 56. uers. septimus casus. vol. 1. & propterea ista æstimatio, quæ facit emptionem, illa facit desinere prędia esse dotalia ex toto, adeo quòd sine consensu mulieris possunt per virum alienari. Imo l. in d. l. si æstimatis. columna prima. versic. item attende.

Cum igitur dicta prædia æstimata insolutum data per dictum magnificum Ioannem Iacobum Ioanni Bernardino non remanserint, neque fuerint, seu sint dotalia, & fuerit in pleno iure, & dominio incommutabiliter ipsius Ioannis Bernardini, non est dubium, quòd potuerunt per ipsum alienari transigẽdo, cum transactio sit alienationis species. l. si pro fundo. & ibi Doctores. C. de transaction. Bald. in c. 1. de controuers. inter uasall. & aliũ. & in consil 415. uolum. 1. & Marcus Anton. Natta in cons. 441. num. 13. uolum. 2. & ideo cum dicta prædia non essent effecta dotalia, sed erant incommutabiliter in pleno iure, & dominio ipsius Ioannis Bernardini non est dubium, quòd potuit de dictis prædiis transigere sine Regio assensu, sine mulieris consensu, & respectu mulieris non potest læsio, nec maxima, nec minima considerari.

4 Tertio, & ultimo, quod dicta prædia insolutum data pro septingentis florenis non sint dotalia apparet ex instrumento dationis in solutum, ubi dicta prædia dantur dicto Ioanni Bernardino pro se, & suis hæredibus, & successoribus. quæ uerba ostendunt quòd ea recipiebat nomine suo, & sic, quòd incommutabiliter eorum volebat esse dominus, & quòd prædia æstimata nolebat soluto matrimonio restituere, nam si uoluisset ea soluto matrimonio uxori restituere, utique ea non accepisset pro se, & suis hæredibus, cum soluto matrimonio essent uxori restituenda, uel eius hæredibus. d. l. si æstimatis, & l. æstimate. ff. solut. matr. & ita in terminis tradit Cor. in cons. 172. uolumine primo, quem sequitur Natta in dicto consil. 650. volumine quarto, et tanto magis est uera hæc conclusio, cum in instrumento adsit hæc clausula, ad habendum, tenendum, colendum fructuandum, perpetuoque faciendum, et quicquid dictis Ioanni Baptistæ, et Ioanni Bernardino, & hæredibus, & successoribus eorum de dictis bonis insolutum datis deinceps placuerit perpetuo faciendum, ex qua clausula apertissime constat, quod dicta prædia non sunt dotalia, sed in dotem sunt dicti septingenti Floreni, ex quo ipse Ioannes Bernardinus ea acceperit pro se, et suis hæredibus, et successoribus ad habeudum perpetuoque possidẽdum, nam si uoluisset, ut essent dotalia, utique non accepisset pro se, et suis hæredibus, nec dixisset, ut ea perpetuo per ipsum, & suos hæredes possiderentur, et quod de eis ad libitum disponerent, et facerent perpetuo de eis quicquid eis placuerit, cum prædicta fieri nõ potuisset, si fuissent dotalia, cum soluto matrimonio uxori, vel hæredibus eius essent restituenda, et hoc est quod considerauit Cor. in d. cons. 172.

Et licet in oppositum multa per partem adducantur, tamen illis non obstantibus non est discedendum a supradicta uera conclusione, quam tenet etiam Roland. a Valle in cons. 87. uolum. 4. et pro maiori huius casus dilucidatione respondeo sigillatim omnibus in contrarium per partem adductis.

5 Primo non obstat dum dicebatur, quod æstimatio in ista datione in solutum non faciebat emptionem, cum tempore dictæ dationis in solutum maritus dictæ Claudiæ non erat soluendo, quo casu æstimatio non facit emptionem et huius opinionis auctores fuerunt Bald. & Salyc. in l. interest. C. de usufruc. quos secuti sunt Ias. & Dec. in l. ex conuẽtione. C. de pact. Ias. in §. actionum. Inst. de actio. num. 84. Io. Lupi. in c. per uestras, in rep. rub. de donationib. §. 17. num. 8. Cremens. in singul. 18. & Marian. Socin. iun. in cons. 141. numer. 12. vol. 1.

Quia respondetur huic obiectioni pluribus modis.

6 Primo, quod an vir Claudiæ tempore dationis insolutum esset pauper, & non soluendo, probatio hæc pertinet ad hæredes dictæ Claudiæ, nam hæredes Ioannis Iacobi habent regulam pro ipsis, quod æstimatio in dubio faciat emptionem, hæredes autem Claudiæ, cum sint in casu fallentiæ, probare debẽt id, quod excipiunt, scilicet virum tempore dationis in solutum non esse soluendo, iux. gl. in rubr. de reg. iur. in 6. & in l. omnis diffinitio. ff. de reg. iur. & tradit Bart. in l. 2. in prin. ff. si quis in ius vocat. non ier. nam fundans se in paupertate, debet eam deducere, & probare. Bart. in l. si uero. §. qui pro eis. ff. qui satisdar. cogãn. Cum igitur in casu nostro non cõ

stet

fiet de ista paupertate, non potest fieri fundamentum in antedicta conclusione.

7 Secundo respondetur, quod prædicta conclusio procedit quando aliter non constat de contraria coniectura, sed quando constat de contraria præsumptione, & coniectura, tunc secus est, vt est in casu nostro in quo æstimatio facit emptionem ex eo, quia prædia fuerunt data insolutum, & maritus ea accepit pro se, & suis hæredibus, in quo casu æstimatio facit emptionem vt supra in tertio fundamento dictum fuit.

8 Tertio respondetur, quod procedit, quando esset dos restituenda, & uir, seu eius hæredes non possent æstimationem soluere, nam tunc in subsidium ex legis prouisione prædia æstimata ad mulierem redeunt, secus vero est si non sumus in casu isto restitutionis, nã tunc æstimatio facit emptionem, & quòd in primo casu procedat ista opinio declarat Bal. in d. l. ex conuentione in 3. oppos. & ibi eum sequitur Ias. asserens in contingentia facti ita obtinuisse in Ciuitate Mediolani, & sic loquuntur Bald. & Salyc. & non pront dixerunt Dec. Io. Lupi Cremens. & Socin. iun. Et in casu isto, quando uir non est soluendo, nec sumus in casu restitutionis, & in subsidium, quia æstimatio offertur non est vera supradicta conclusio, cum etiam eo casu æstimatio faciat emptionem, ut elegãter tradit Couarruuias in lib. practicarum quæstionum. capit. 28. num. 8. quem sequitur, & ita iudicauit Iosephus Ludouici in decisio. Vmbriæ decis. 89. & ante eos tenuerunt Bartholom. Soc. in cõs. 224. vol. 2. & Ias. in l. traditionibus. in 13. fallentia. C. de pact.

9 Secundo non obstat dum dicebatur conclusionem illam, æstimationem facere emptionem, procedere cum æstimatio fit ad quãtitatem dignam pro ipsarum rerum precio iusto, & non procedere, quando æstimatio nõ fuerit facta pro pretio iusto, & sic pretium nõ est condignum, & correspondens ualori rei, nam tunc æstimatio non facit emptionem, ita tenent, & declarant Bald. Salyc. Ias. & Dec. in d. l. ex conuentione. Bal. in l. 1. q. 3. C. commodat. Salyce t. in l. de di. §. idem erit. ff. de condit. ob caus. gl. in l. 1. §. 1. ff. de superfic. Ioãnes Lupi in c. per uestras. de donation. inter ui. & vxor. super 6 §. 21. num. 4. Arer. in cons. 84. columna secunda, Barbat. in cons. 19. colum. 4. lib. 4. & Socin. iun. in cons. 141. volumine primo, colum. 4. vbi dicit hanc esse communem opinionem.

Quia respondetur huic obiectioni quatuor modis.

10 Primo, pretium, quod contrahentibus placuit præsumitur esse iustum. Bald. in l. per diuersas. q. 4. C. mandat. & ideo, qui dicit pretiũ non fuisse iustum debet probare. l. 2. C. de rescind. uendit. & l. si circumscripta. C. solut. matrimon.

Cum igitur non fuerit probatum, sed oretenus tantum dictum, quòd precium non erat correspondens ualori rei, in dicta ratione nulla est facienda consideratio.

11 Secundo respondetur dicta conclusio procedit, quando mulier dat fundum pro centũ ducatis, & ualet ducentum, nam tunc cum pretium non sit condignum ualori rei, æstimatio non facit emptionem, sed secus est, quando mulieri fuit promissa dos, seu eius viro in pecunia, & demum ex interuallo, qui promisit dotem pro dicta pecunia promissa dedit insolutum aliqua prædia, quæ sunt maioris valoris; nam tunc promittens potest petere rescissionem contractus, ut probatur in d. l. si circumscripta, & in hoc casu non consideratur, nec habet locum supradicta conclusio, nam in quolibet contractu bonæ fidei habet locum l. 2. C. de rescind. uendit. Doctores communiter in d. l. 2. Sed in casu nostro Magnificus Ioannes Iacobus promisit pro dote Claudiæ septingentos florenos, & demum ex interuallo Ioanni Bernardino uiro dictæ Claudiæ dedit insolutum prædia, de quibus in contractu, & forsam cum essent maioris ualoris, ut pars prætendit dictus Ioannes Iacobus egit ad rescissionem contractus, & stante lite deuenerunt ad transactionem supradictã, ergo ualet transactio, & in casu isto locum nõ habet antedicta conclusio.

12 Tertio respondetur, quod prædicta conclusio procedit ex eo, quia non uidetur uoluisse partes id agere, ut alter ex alterius iactura lucretur, & sic procedit ex ista coniectura; at secus est, quando clare constat æstimationem fuisse factam, ut faceret emptionem, ut est in casu nostro, ex quo prædia fuerunt data in solutum, & maritus ea accepit pro se, & suis hæredibus, nam in isto casu clare constat æstimationem facere emptionem, ut tradit Natta in cons. 650. sub nu. 8. vol. 4.

13 Quarto, & vltimo respondetur, quod supradicta conclusio procedit, quando æstimatio facta fuit precio minus iusto ex deceptione ultra dimidiam, nam in hoc casu propter maximam pretii iusti diminutionem, uel augumentum præsumitur ad alium effectum fuisse factam ęstimationem, non ad constituẽdam, nec efficiendam emptionem, at secus est, quando æstimatio facta fuit minus iusto pretio, sed nõ ex deceptione ultra dimidiam, nam tunc æstimatio facit emptionem, ita tenent, & declarant notanter Couarruuias in lib. practicarum quæstionum, cap. 28. num. 9. & Marcus Antonius Natta in d. cons. 650. sub num. 9. immo dico, quòd, quando æstimatio facta fuit precio minus iusto ex deceptione vltra dimidiam, tunc est in potestate uiri restituere precium, seu iustam æstimationem, & ratio est, quia l. 2. C. de rescinden. uend. locum habet etiam in dote, & præcipuè, quando prædium æstimatum datum fuit, & in ea æstimatione adest læsio ultra dimidiam iusti pretii, ut tradit gl. in l. si ex causa. §. in dotis. ff. de minor.

nor. quam sequuntur Pantal. Cremens. in 9. ampliat.& Cagnol.num.63.quasi in fi. in d.l. 2.& Natta in d.conf.650.num.9.vbi dicit eandem opinionem tenuisse Bald. in d. l.2. si igitur d.l.2.habet locum in dote,sequitur,quod est in electione uiri restituere prædium,uel iustum pretium supplere,& quando adest læsio citra dimidium iusti pretii,tunc non potest recedi a contractu,& in causa dotis erit solummodo tantum,quantum fuit æstimatio factũ & prædium remanet in dominio uiri. Cagn. in d.l.2.sub d.nu.63.in uers. considera tamen. Si igitur d.l.2.locum habet in dote,sequitur, quod æstimatio etiam si non correspondeat ualori rei, faciat emptionem, nam si non faceret emptionem,& prædia essent dotalia, siue esset læsio ultra, siue citra dimidiam iusti pretii, utique non haberet locum d. l. 2. quia soluto matrimonio prædia essent restituẽda, & constante matrimonio nõ esset in potestate viri supplere pretium,uel prædia restituere & rescissio contractus esset frustratoria, cum circa pretium læsio non esset considerabilis, cum prædia sint dotalia, & eadem sint restituenda dissoluto matrimonio ob mortem viri,& hæc conclusio probatur expresse in l. si circumscripta.C.solut.matrim.& in l.si res.§. mulier.ff.de iure dot.

14 Tertio non obstat dum dicebatur æstimationem facere emptionem , quando res est præsens,secus si est absens,vt in casu isto, prout tradit Neuizan.in sua Sylua nuptiali. lib.2. nu.72.in limitat.quia.

15 Respondetur,quòd Neuizanus non tenet supradictam opinionem , licet de ea dubitet propter auctoritatem Bartoli, in l. si propter. ff.de rer.amotar.& iurisconsulti in l.eius.& in l.si res.ff.de rei vendicat.& contrarium tenet expresse Couarru.in d.lib.pract.question.cap. 28.in fi.& admonet nè in errorem istum incidant iuuenes propter dubitationem dicti Neuizani, & ibi eam uideas, quia optime, & benè loquitur.

16 Non obstat quarto dum dicebatur , quod dicta æstimatio non fuit facta a principio in constitutione dotis, sed ea ex post facto constante matrimonio, quo casu æstimatio non facit emptionem. Bald. Salyc. Ias. & alii in d.l. ex conuentione. Aret. in cons. 83. col.2. Barbat.in cons.19.lib.4.Soc.iun.in d. cons.141. n. 24.& Ioann Lup.in repet.cap. per uestras. super textum,in princip. §.21. numero quarto, de donat. inter uir. & uxor. quia faciliter respondetur.

17 Supradicta conclusio procedit, & locum habet,quando a principio datur uiro fundus inæstimatus, ex interuallo tamen fit æstimatio fundi illius,nam tunc per talem æstimationem non censentur partes uelle quin res illæ desinant esse dotales , sed æstimatio illa dicitur facta ad declarationem deteriorationis,& meliorationis, immo in casu isto partes non possunt ex æstimatione illa discedere a priori conuentione, & efficere, quod res in dotem tradita pro fundo dotali per subsecutam æstimationem desinat esse fundus dotalis. l. 1. & per totum.ff. de fundo dot. ut tradit Marian. Soc. iun. in d. cons.141. num. 16. & seq. Sed nos non sumus in casu isto,nam pro dote fuerunt promissi septingenti floreni, pro quibus demum prædia fuerunt data in solutum , ex qua datione insolutum secuta est emptio, & sic prædia sunt uiri, & pro dote sunt tantum septingenti floreni promissi,ut tradit Cor. in cons.92. volum.4. ubi inquit, quòd si mulier promisisset marito dotem in centum , & demum pro illis centum dedisset insolutum fundum,ille fundus non esset dos,sed cẽtum essent in dotem, & sic uides, quòd Corneus in terminis decidit casum nostrum.

18 Non obstat dum quinto per partem dicebatur,quòd dicta prædia non fuerunt data solum pro septingentis florenis, sed etiam pro lecto, & bonis mobilibus, inæstimatis, & sic non potuit haberi certa quantitas totius dotis,quo casu emptio non inducitur, nec alienationi locus est. Curt. iun. in d.l.ex conuentione.C.de pact.pro quo facit doctrina Bar.in l.si ut certo.§.nunc uidendum.in fin.ff. commo. vbi dicit, quòd in omnibus casibus, in quibus æstimatio facit emptionem,est verũ, quando æstimatio est certa , secus si incerta, pro quo facit,quia ad substantiam emptionis precium certum requiritur.§. pretiũ. Inst.de emption. & venditio. quia respondetur duobus modis.

19 Primo, nam licet dicta prædia in principio contractus, dicatur, quod insolutum dantur pro septingentis florenis lecto,& bonis mobilibus , tamen demum contrahentes in fine quasi contractus se declarant , & dicunt , quod dantur in solutum , & pro soluto pro dictis septingentis florenis tantum,& sic cessat ex lectura contractus tale dubium.

20 Secundo respondetur , considerando , quod septingenti floreni debentur uiro,& sic etiam lectus,& bona mobilia, qui lectus, & bona mobilia dantur inæstimata, Magnificus igitur Ioannes Iacobus frater dictæ Claudiæ uxoris Ioannis Bernardini Grassie non habẽs lectum,& bona mobilia,nec septingentos florenos,dedit dicta prædia insolutum, dicta igitur prædia,quoad septingentos florenos dicũtur æstimata , & vim emptionis dicta datio insolutum obtinet,quo vero ad lectum,& bona mobilia dicta datio obtinet locum permutationis , cum fingatur uirum dedisse Ioanni Iacobo tectum,& bona mobilia, & ipsum Io. Iacobum uiro dedisse pro concurrenti quantitate dicta prædia, quæ permutatio similis est uenditioni l.2.& ibi gl. & Bart. C.de rer. permutat. & ideo ex permutatione dominium transfertur l. 1.§. 1 ff. de rer. permutat. quod dominium in casu nostro non solum transfertur in uirum,sed etiam in suos hęredes, & ita, & taliter, quod dicta prædia non sunt dota-

lia,

lia, quia si essent dotalia, dominium non trāsferretur in eius hæredes, cum soluto matrimonio essent restituenda, & cum in dicta permutatione non interuenerit mulieris consensus, non est dubium, quòd in casu restitutionis mulieri, seu eius hæredibus per uirum essent restituenda bona mobilia, & lectus, & non prædia pro concurrenti quantitate, pro quo facit Bald. in l. ex pecunia. per illum text. C. de iu. dotium, ubi tradit, quod ex contractu mariti uxori non quæritur actio, & dicit istud non esse dubium, quando maritus contraxit nomine proprio, ut in casu nostro, immo, quando contraxit nomine uxoris, non quæritur uxori actio personalis sine cessione, & ideo est secundum Baldum, quod res empta ex pecunia dotali non est res dotalis, & ex tali emptione mulieri non queritur actio, & ideo si dos est in casu restitutionis, mulier ad pecuniam, & non ad rem agit, & cum permutatio sit similis emptioni, & cum uir permutet lectum, & bona mobilia ad prædia, prædia non sunt dotalia, sed si fiat casus restitutionis mulier potest agere tantum ad lectum, & bona mobilia, & non ad prædia, & hęc est uerissima conclusio.

Et ex hac consideratione remouetur ultima consideratio, quia dicta prædia accepit pro se, & suis hæredibus, & successoribus, & sic nomine proprio, & non nomine uxoris, immo, quando accepisset nomine uxoris sibi non dicitur actio quæsita, cum non fuerit sibi per uirum facta cessio, quæ requiritur ad translationem dominii. Bal. in d. l. ex pecunia, immo requiritur præsentia partis, ut actio quæratur l. fin. ff. de interrogat. actio. l. certum §. si quis absente ff. de confessi. cum ibi notatis per Bart.

Ex prædictis igitur patet, quod dicta prædia non erant dotalia, & ideo potuit per dictum Ioannem Bernardinum fieri transactio cum dicto Magnifico Ioanni Iacobo, nec requirebatur assensus Regius respectu mulieris, cum nihil in dictis prædiis habeat facere, & ideo considerare læsionem est frustratorium, & ita consulo, & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Auia tutrix facta decreto Curiæ, an excusationem a tutela petere possit, etiamsi causæ superueniant de nouo nu. 8.*

2 *Quod semel placuit amplius displicere non debet. declara nu. 7.*

3 *Datio tutelæ, non valet si mulier secundis nuptiis non renunciauit.*

4 *Datio tutelæ non ualet si mulier Velleiano, & omni legum auxilio non renunciauit.*

5 *Intellectus ad l. 1. C. si tutor, vel curat. falsf. allegat. excusat. tit.*

6 *Intellectus ad l. Caius. ff. de excusat. tutor.*

Consilium X.

IN præsenti difficultate, an Magnifica Domina Beatrix de Rosis admittatur ad proponendas causas excusationis à tutela, quam mediante decreto Curiæ Aquilanæ suscepit ad petitionem Magnificæ Dominæ Corneliæ de Antonellis filiæ ipsius Dominæ Beatri-1 cis tempore, quoad secundas conuolauit nuptias. Videbatur prima facie dicendum ex quo uoluntariè tutelam filiorum olim Magnifici Bernardini de Picis suscepit, non posse etiam infra quinquaginta dies se a dicta tutela excusare, quod probatur lege, ratione, & auctoritate.

Lege probatur primo in l. 1. C. si tutor, uel curat. fals. allegat. excusat. tit. ubi habetur, quod post susceptam administrationem frustra quis se excusat.

Secundo probatur in l. Caius. ff. de excusat. tutor. ubi determinatur, quod tutor datus inutiliter, qui permisit se confirmari nō potest se excusare.

Tertio probatur in l. non tantum. §. vacare. ff. de excusat. tutor.

2 Ratione probatur, quia, quod semel placuit amplius displicere non debet. c. quod semel. de reg. iur. in 6.

Auctoritate probatur, ita tenent gl. in l. uerum. §. ex facto, in verbo, deponere. ff. de minor. Iacob. Machell. in suo patrocin. 3. num. 9. & 10. Crauett. de indemnit. mulier. sub num. 41. quos refert, & sequitur Borgninus Caualcani in tract. de tutore, & curatore. num. 193. in uer. & illa excusatio debet fieri. Idem tenet Barr. post Iacob. de Arena in d. l. Caius, & in l. scire oportet. §. oportet, numero 2. de excusat. tutor.

Hæc conclusio procedit etiamsi demum post susceptam tutelam excusationes superueniunt, nam superuenientes excusationes non prosunt, nec tutelam tollunt nisi in quibusdam casibus, de quibus in l. 2. & in l. tutor. §. fin. ff. de excusat. tutor, & in gl. in d. l. uerum §. ex facto. ff. de minorib. inter quos non adest causa senectutis, ita tradit Angel. Aretin. in §. fina. Institut. de legitim. agnat. tutel. numero quinto.

Verum his in contrarium adductis non obstantibus, in contrarium in casu nostro se habet ueritas, cum ipsa Domina Beatrix excusationem habeat a tutela per ipsam suscepta, & ipsa tutela est nulla, inualida, & illegitimè data fuit, & hoc uerum esse probatur ex infrascriptis.

3 Primo, in susceptione tutelæ ipsa Domina Beatrix secundis nuptiis non renunciauit, ex quo sequitur, quod ipsa datio tutelæ ipso iure non ualet. Bart. in l. si quis sub conditione. nu. 15. ff. de testamen. tut. & in auth. matri, & auiæ. nu. 11. C. quando mulier. tutel. offic. fun.

potest.

poteſt. Rolandus a Valle in conſ. 76. num. 6. vol. 1. Marc. Ant. Natta. in conſ. 143. vol. 1. & Capyc. deciſ. 50.

4 Secundo in dicta ſuſceptione tutelæ non renunciauit Senatuſcõſulto Velleiano, nec omni alio legum auxilio, ex quo ſimiliter ſequitur, quod ipſa datio, & ſuſceptio tutelę ipſo iure fuit, & eſt inualida. Bartol. in d. l. ſi quis ſub conditione. num. 16. & 17. & in d. auth. matri, & auiæ. Rolan. in d. conſ. 76. Natt. in d. conſil. 143. Capyc. in d. deciſ. 50. Corn. in conſil. 101. colu. 2. uolu. 3. & Paul. de Caſtr. in conſ. 324. in princ. volum. 2.

Ex prædictis patet, quod datio, & ſuſceptio tutelæ in caſu noſtro ipſo iure eſt inualida, & ideo nullum operatur effectum.

Et hinc eſt, quod auia, ſeu mater ſuſcipiens tutelam, & non renuncians ſecundis nuptiis, Velleiano, & omni legum auxilio nõ dicitur tutrix, nec legitima perſona, & ideo cum ea vti tutrice iudicium ceptum eſt ipſo iure nullum. Natta in d. conſ. 143.

Quod etiam non ſit legitime data probatur hac alia ratione matre excluſa a tutela per tranſitum ad ſecunda uota, locus eſt datiuo, & non legitimo tutori, & dandus eſt a matre petitus ſi iudici uidebitur, adhibita tamẽ prius diligenti inquiſitione, in qua uocari debent conſanguinei, & citari ita dicunt Bart. in d. l. ſi quis ſub conditione. num. 27. Bart. & Salyc. in auth. ſacramentum. C. quand. mul. tutel. offi. fun. poteſt. Dec. in conſ. 674. Bald. in l. omnem matri. num. 6. C. ad Senatuſconſul. Tertull. & Iacob. Menoch. in tract. de arbitrar. iud. lib. 2. cent. 2. caſu 151.

Sed in caſu noſtro licet dicta Domina Beatrix petita fuerit per dictam Dominam Corneliam tutricem dari ſuis filiis coram iudice, tamen Iudex inquiſitionem non adhibuit, nec citare fecit agnatos, cognatos, & conſanguineos dictorum filiorum, ergo ſequitur, quòd non fuit legitime data tutrix.

Cum igitur non fuerit legitimè data tutrix ſequitur, quod poſt ſuſceptam tutelam poteſt ſe a tutela excuſare, ut in terminis tradit Bart. in l. tutores in §. Curator. num. 2. ff. de admini ſtrat. & peric. tutor. & curat. nam ipſa Domina Beatrix petiit, ut daretur alius tutor, & ideò ratione ſenectutis a tutela poteſt ſe excuſare. Bart. in d. §. curator.

His ſic ſtantib. non obſtant in contrarium adducta.

5 Primo non obſtat dum dicebatur, quòd poſt ſuſceptam tutelam, quis tutelæ excuſationem petere non poteſt; nam dicta iura intelliguntur, quando datio, & ſuſceptio tutelæ fuit ualida, ſecus uero ſi ipſo iure inualida erat; quælibet enim diſpoſitio terminos habiles præſupponit l. 4. ff. de teſtamen. ideo, quando iura dicunt poſt ſuſceptam tutelam non poſſe tutorem petere excuſationem a tutela, præſupponunt terminos habiles, & ſic dationem, & ſuſceptionem tutelæ ualidam fuiſſe, cum id, quod nullum eſt aliquid efficere non poteſt. l. 4. §. condemnatum. de re iudic. Aymon Crauet. in conſ. 206. num. 12. & paria ſunt aliquid non eſſe factam, uel facere, ſed minus legitimè, & nulliter l. nullam. ff. de auctor. tutor. & ideo cum tutelæ datio, & ſuſceptio ſit nulla, non poteſt efficere, quod non poſſit excuſationem petere mulier nulliter tutrix conſtituta.

6 Non obſtat d. lex. Caius. quia illa datio curatoris robur ſumit a decreto Curiæ, quando uoluntarie petit ſe confirmari, & ſic ius conſiſtit in confirmatione, & nõ in datione. d. l. Caius, & l. 1. C. de confirman. tutor. at ſecus eſt in caſu noſtro, quia licet à decreto Curiæ fuerit confirmata, tamen non obſtante decreto ob omiſſionem ſolemnitatuum ipſa datio ipſo iure fuit, & eſt inualida, nec decretum curiæ robur dat huic ſuſceptioni tutelæ inualidæ, ut ſupra diximus.

7 Nec obſtat quod ſemel placuit amplius diſplicere non debet, quia hæc regula procedit, quando quod placuit validum exiſtit, ſecus ſi ipſo iure inualidum, nam tunc quod placuit poteſt diſplicere. l. ſi præſes. C. quom. & quando iud. & Dyn. in d. cap. quod ſemel. in princ. Sed in caſu noſtro datio, & ſuſceptio tutelæ fuit & eſt inualida; ut ſupra dictum fuit, ergo dicta tutrix poteſt recedere ab eo, quod ſemel ſibi placuit.

Item ſecundo non obſtat, quod poſt ſuſceptam tutelam, quis excuſationem non poſſit petere, quia dicta iura intelliguntur, quando legitime tutor tutelam ſuſcepit, nam tunc petendo alium dari tutorem non poteſt poſt ſuſceptam tutelam excuſationem petere, ut in terminis, & eleganter declarat Bartol. in d. §. curator.

Sed in caſu noſtro iſta Domina Beatrix legitime non fuit a iudice data, & confirmata tutrix, ut ſupra dixi, ergo non petierit ſæpius alium dari tutorem filiis olim Magnifici Bernardini de Picis, ſequitur, quod poteſt etiam poſt ſuſceptam tutelam excuſationem a dicta tutela ratione ſenectutis petere.

8 Nec obſtat dum dicebatur quod poſt ſuſceptam tutelam excuſatio peti non poterat, etiam ſi excuſationes poſtea ſuperueniant, nam procedit quando datio & ſuſceptio tutelæ fuit valida, quia quando fuit inualida ipſo iure, tũc perindè eſt, ac ſi datio, & ſuſceptio tutelæ facta non fuiſſet, ſed ſi facta non fuiſſet, & tunc tempore quo petitur confirmari ſuperuenerit ætas ſenectutis, non eſt dubium quod poteſt recuſare. conſideranda enim sũt duo tempora, vnum quando datio, & ſuſceptio tutelæ fuit facta. alterum vero quando poſt ſuſceptam tutelam iſta mulier vult petere excuſationem. ſi conſideremus primum tempus datio, & ſuſceptio tutelæ fuit ipſo iure inualida, & perinde eſt, ac ſi tutelam non ſuſcepiſſet, ergo poteſt petere excuſationem a tutela ratione ſenectutis, ſi conſideramus

ſecun-

secundum tempus,& tunc eum ratione inualiditatis actus præcedentis perinde sit,ac si tutelam non suscepisset,sequitur,quòd ratione senectutis superuenientis potest excusationem petere,quia si non suscepisset tutelam,& ætatis annorum septuaginta esset,posset se excusare,ergo idem est,si inualide,& nulliter eam suscepit,& demum ætas superuenisset.

Præterea,quòd superuenientes excusationes impediant,& tollant tutelam tenent Ioa. Pet.Fab.& Ang.Aret.in d.§.fi. Instit.de legit. agnat.succeff.& ratio est, quia tutela vnico actu non perficitur,sed sicut hodie agitur, ita, & cras,& sunt actus successiui, & ideo superueniens excusatio tutelam tollit, quia multa impediunt quærenda a principio, quæ post ea post quæsitum non impediunt. l. patre furioso.ff.de his,qui sunt su.uel ali.iu.

Si igitur superuenientes excusationes sufficiunt ad petendam excusationem a tutela, sequitur,quòd si non erat annorum septuaginta prius,& ad præsens est,quod potest excusationem petere,ut Ang. Aret.in d.§.fi.concludit in fauorem dictę Dominę Beatricis,& ita iuris esse censeo,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SUMMARIUM.

1 *Annum, quid, quando stipulatur, & plures faciendæ sunt præstationes, & tempus causa multiplicandæ obligationis adiicitur , tunc solutio facienda est in principio cuiuslibet anni, & pactum factum, quod in principio soluatur valet.*
2 *Censualis contractus est emptionis , & venditionis contractus.*
3 *Inquilinus , an soluere pensionem debeat in principio.*
4 *Pactum anticipatæ solutionis in censibus de iure est licitum.*

Consilium XI.

IN censuali contractu , an valeat de iure pactum anticipatæ solutionis , & an licitum existat,omissa disputatione,& cõclusiue procedendo,dicas pactum ualere, & licitum esse,quæ conclusio ratione probatur, & auctoritate. Ratione probatur.

1 Primo isti census annui dicuntur,& plures præstationes sunt faciendæ , & tempus in eis adiicitur causa multiplicandæ solutionis , igitur non solum licitum est pactum , quod principio anni fiat solutio , sed si pactum initium non fuisset, in principio cuiuslibet anni solutio fieri deberet;nam certi iuris est,quòd quando quid annuum stipulatur , & sic plures faciendæ sunt præstationes,& tempus adiicitur causa multiplicandæ obligationes, tunc si pactum initium fuit, quòd in principio cuiuslibet anni fiat solutio, ualet, & licitum est in iure,immo si pactum initium non sit,similiter solutio facienda est in cuiuslibet anni principio gl. Bar. Bal. Paul.de Cast. Alex. Ias.& alii Doctores communiter in l.qui hoc anno ff.de verb.oblig.probat tex.in l. 1.& ibi glo. & Bal.C.quand dies legat.vel fideicced.in l.nec semel. ff. eo. & in l. in singulos. ff. de ann. legat.

2 Secundo probatur,contractus census nõ est nisi contractus emptionis,& venditionis,vt attestantur Summi Pontifices Martinus Quintus,& Calistus Tertius in extrauagantibus in tit.de empt.& vend. & sic de possessionib. do mibus,terris,agris,& prædiis redditus, & census emuntur,& uenduntur,in quo contractu statim per traditionem transferuntur dominium.l.traditionib.C.de pact.nam contractus censualis est proprie,quando,quis uendit,uel alienat ius , quod habet in re, ut si sit directo dominus uendit directum dominium, uel si habet utile dominium, utile, & sic ius , quod habet,puta pro centum, cum hoc, quod sibi præstetur annus cẽsus,puta duorum denariorum,ita est tex.cum gl.in c.constitutus.ext.de religiosis domib Bar.in l. 1.§. 1.& ibi Lu.ff.de publican. Si igitur est contractus emptionis, & venditionis, & transfertur illud ius , quod est , siue directum siue utile dominium existat, sequitur, quòd facto contractu emptionis,& uenditionis,emptor est dominus illius annui census , ergo super præstatione sibi facienda de dicto annuo censu potest disponere uirtute pacti ad sui libitum , cum quilibet in re sua sit moderator,& arbiter.l.in re mandata. C. manda. & sic disponere potest , quòd medietas census in principio anni soluatur,& hoc uoluit inferre Martinus Quintus in sua extrauaganti in uerbis illis de præfatis censibus iuxta contractuum,& conuentionum inter ipsos habitorum formam , et tenorem plenam , et debitam satisfationem impendi. Et Calistus Tertius in sua extrauaganti in uerbis illis, et uendentes eosdem ad ipsarum solutionem censuum, et redituum, iuxta dictorum contractuum tenores (remoto contradictionis obstaculo) efficaciter teneri , auctoritate apostolica præsentium serie declaramus,et in uerbis illis,dictis emptoribus, seu illis,quibus ipsorum redituum, et censuum solutio præstanda fuerit,de eisdem censibus, et redditibus iuxta contractuum , et conuentionum super his habitorum formam, et tenorem plenam , et debitam satisfactionem impendi.

3 Confirmatur hæc ratio ex Baldo in l. æde,numero primo. C.locat ubi,an Inquilinus soluere pensionem debeat in principio, et dicit,quod tres sunt opiniones,nam quidam dicunt solui debere in principio , quidam in medio , et quidam in fine , uerum resoluendo asserit Inquilinum non posse cogi nisi

nisi in fine anni, si non est actum, quando soluatur, si uero, quando soluatur actum est, & tunc inspicitur pactum. Ecce, quod, quando sumus in casu, in quo domino pensio non debeat solui nisi in fine anni, potest solui in principio si actum est; quanto magis Domino, & emptori annui redditus uirtute pacti debet fieri solutio in principio anni, cum simus in casu in quo, quando aliquid nonest actum de iure solutio fieri debet in principio anni, ut supra in prima ratione diximus, & tanto magis hæc conclusio in casu nostro procedit, cum tempore celebrationis huius contractus censualis, ita per totum obseruabatur, & practicabatur, & ita ab antiquo obseruatum fuisse compertum est, adeo, quod immurandũ non est, quod antiqua praxi obseruatum extitit. l. minime sunt mutanda. & l. sed si de interpretatione. ff. de legib. & ad prædicta habens cõsiderationem Summus Pontifex Pius V. omnes contractus censuales factos ante illius bullæ emanationem, qui pactum anticipatæ solutionis census continebant; non reprobauit, quod utique fecisset, si contractus huiusmodi usurarii de iure essent.

4 Ex prædictis igitur patet huiusmodi pactũ de censibus anticipatæ solutionis soluendis esse licitum, & de iure approbatum, & non usurarium, quę conclusio auctoritate etiam probatur, nam ita tenent Follerius in sua censuali praxi in uerb. huiusmodi census super reb. sub nu. 72. in uers. sed quid in contractibus, & Benedictus Bonius in tract. de censib. lib. 1. artic. 7. & ita iuris esse censeo, & consulo. Et ita fuit decisum in magna Curia Vicariæ.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Cognitio, an carceratus uti clericus gaudere debeat priuilegio fori remittenda est, ad iudicem ecclesiasticum & interim iudex laicus supersedere debet in causa. amplia nu. 2. & 3.*

4 *Iudex ecclesiasticus etiam nulla facta citatione de iudice seculari, quoad effectum, iu cognitione, an quis sit clericus, supersedendi, potest sibi inhibere ne in dicta causa interim procedat.*

5 *Iudex laicus debet credere interlocutoriæ latæ per iudicem ecclesiasticum interloquentem illum inquisitum gaudere priuilegio clericali.*

6 *Clericus gaudere debet priuilegio fori. amplia numero 11. & 12.*

7 *Priuilegio fori clericus non potest renunciare.*

8 *Clerici, quod non possunt iudicari a iudicibus secularibus fuit de iure diuino concessum. ampla numero 9. & 10.*

13 *Clerici in habito, & tonsura non incedentes, an gaudere debeant priuilegio fori. & nu. 16. & 17.*

14 *Vbi a lege, vel statuto profertur aliquid cum aliqua qualitate, tunc qualitas illa probari debet.*

15 *Princeps secularis non potest in statutis, & pragmaticis disponere super clericos, & personas ecclesiasticas.*

17 *Clementina Clementis Papæ Septimi facta in Regno pro clericis, in quibus clericis procedat.*

18 *Bulla beneficii, in qua enunciat ine fit mentio de clericatu, an probet clericatum.*

Consilium XII.

IN hac causa inquisitionis formatæ contra Reuerendum Mauritium de Rosis per Dominum Gubernatorem Ciuitatis Aquilæ super asserto crimine ictus archibusij immissi in personam Magnifici Caroli Burni, de duobus est quærendum.

Primo, an cognitio, quod sit clericus, & beneficiatus, & quod gaudere debeat beneficio fori clericorum, remittenda sit ad iudicem ecclesiasticum, & an pendente ista cognitione iudex laicus supersedere debeat, & sic; an ad ad istum effectum supersedendi possit iudex ecclesiasticus nulla facta citatione de iudice seculari, sibi inhibere, ne in dicta causa interim procedat.

Secundo, an rei ueritate inspecta iste Mauritius debeat gaudere priuilegio fori clericorũ.

In primo quæsito concludendo procedendo, dico cognitionem, an uti clericus gaudere habeat priuilegio fori, remittendam fore Curiæ

1 Episcopalem, & isto interim iudex supersedere debet in causa, & eo ipso, quod coram iudice laico producitur instrumentum, seu littera clericatus, ut est in casu nostro; sufficit, ut iudex laicus debeat remittere cognitionem ad Episcopum, si gaudet priuilegio, nec nè, & interim debet in causa supersedere ita notabiliter tradit Bal. in l. si qua per calumniam. C. de episc. & cleric. & ibi Cyn. & Iac. Butrig. quam opinionẽ fecuti sunt Ant. de But. Io. de Imol. & Abb. in c. tuam ext. de ordi. cognit. Alex. in cons. 8. vol. 1. & in cons. 149. volum. 6. vbi dicit, quod processus aliter factus est nullus. Barto. Cœpoll. in cons. 10. & 11. Raph. Fulg. in cons. 124. Io. Andre. in c. si iudex. de sent. excom. in 6. Lapus in allegat. 56. Roland. a Vall. in cõs. 4. nu. 20. vol. 1. Marc. Ant. Narta in cons. 495. nu. 16. volum. 3. & Pet. Belluga in spec. princip. in tit. de proposit. grauat. §. videmus. columna tertia.

2 Hæc conclusio procedit etiã in clerico coniugato, quia cognitio, an gaudere debeat priuilegio fori pertinet ad iudicem ecclesiasticum, & non ad iudicem seularem. Rota dec. 202. incip. si clericus coniugatus, sub rubr. de cleric. coniugat. Gemin. & Philipp. Franc. in c. vnico. §. 1. de cler. coniugat. in 6. Alex. in d. cõs. 8. & Petrus Belluga in spec. princ. de proposi. grauã. §. videamus. col. 3.

3 Quæ conclusio habet locum etiam circa cognitionem, an vestes sint clericales, vel nè, nam dicta cognitio spectat ad iudicem ecclesiasticum, & non seculare. Dominic. c. 1. §. si in

cæ-

cæteris in fi. de cleric. coniugat. in 6. quem secuti sunt Veronens. in cons. 11. col. 6. in fi. uers. & si uestes, & Roland. a Valle in d. cons. 4. nu. 13. & supra dictas conclusiones probat tex. in c. si iudex. de sentent. excommunicat. in 6. & quoad effectum sui erfedendi potest iudex ecclesiasticus etiam nulla facta citatione de iudice seculari sibi inhibere, ne in dicta causa interim procedat. vt notabiliter decidit Ant. de Butr. in c. tuam. cum quo transeunt ibi Io. de Imol. & Abb. est bene verum, quod, quãdo iudex ecclesiasticus uult ordinarie recipere probationes, vocandus erit iudex secularis, qui prætendit clericum priuilegio fori nõ debere gaudere. d. c. si iudex, & iudex laicus debet credere interlocutoriæ latæ per iudicem ecclesiasticum interloquentem illum inquisitum gaudere priuilegio clericali: ita tradit Bal. in d. l. si qua per calumniam. per text. in c. fi. de exce. lib. 6. quem sequitur. Alex. in cons. 149. vol. 6. & cognitionem, an talis sit clericus spectare ad iudicem ecclesiasticum, & non ad iudicem secularem, est communis opinio, ut attestantur Rip. in c. decernimus. post num. 4. uers. sed coram quo. de iudic. Didac. in pract. q. 33. nu. 1. & Iul. Clar. in lib. 5. sententiarum. §. fi. q. 36. uers. regulariter autem, & quando est controuersia, an sit clericus, & an gaudere habeat priuilegio fori clericorum, tunc cognitio ista spectat ad Curiam Episcopalem, & ideo circa cognitionem facienda est remissio, licet pendente cognitione non sit remittenda persona, nec causa principalis, & ita in hoc Regno in practica obseruatur, ut tradit, & attestatur Matthæus de Afflic. in const. apostatantes sub nu. 19. in uers. & subdit idem Andre. hic, sub rubr. apostatant.

In secundo quæsito cum sit clericus, & beneficiatus, vt constat ex instrumentis, & litteris clericatus in curia præsentatis, non est dubium, quod gaudere debet priuilegio fori clericorum, ut probat tex. in c. 2. ext. de foro competen. in c. cum non ab homine. de iudic. & in c. nullus. & in c. clerici. 11. q. 1. & ideo dixit Innocent. in cap. significantibus. de offic. deleg. quod clerici sunt exempti a iurisdictione Imperatoris, quia sunt res spirituales, & idem dixit Bald. in c. at si clerici. de iud. & propterea text. in c. si Imperator. 96. distinct. dicit, quòd Deus omnipotens uoluit clericos discuti a Pontificibus, & non a potestatibus secularib.

Hæc conclusio procedit etiam in clerico consentiente; nam clericus non potest huic priuilegio renunciare, cum sit introductum in fauorem totius ordinis clericalis. Alexa. in cons. 8. vol. 1. Alber. in 3. p. statut. q. 42. Calcan. in cons. 108. col. 1. Doctores omnes in c. si diligenti. de foro competenti. & est communis opinio teste Boerio super consuetud. Butriẽs. fol 26 colum. 3. Immo clericus non potest in laicum consentire etiam Episcopo consentiente. glo. in cap. significasti. de foro competen. Alexand. in dicto consilio octauo, & Socin. in reg. 56. incip. clericus. Immo Episcopus causam criminalem laico, & clerico simul committere non potest. Abb. in d. c. significasti, quam Abbatis opinionem, uti communem sequitur Dec. in c. decernimus in 5. col. de iudiciis.

Et hoc priuilegium, quod clerici a iudicib. secularibus non possint iudicari fuit concessũ eis de iure diuino. Alciat. in c. cum non ab homine. num. 2. de iudic. Didac. pract. quæst. 31. nu. 1. & Iulius Clarus in lib. 5. sententiarum. §. fin. q. 36. in princ. & ideo non potest tolli a Papa saltim generaliter. Cardin. in c. perpendimus. de sentent. excommunicat. quem sequuntur Barbat. in consil. 45. vol. 2. Roland. a Valle in d. consil. 4. & Marcus Anton. Natta in d. consil. 495. nu. 15. & consuetudo si adesset huic dispositioni contraria non valeret c. clerici. de iudic. & ibi Abb. Rota decis. 10. in tit. de consuetudine in Antiq. Alex. in d. cons. 8. Dec. in consi. 50. vol. 2. Roland. a Valle in d. consi. 4. & Natta in d. consil. 495. num. 14.

Supradicta conclusio non solum procedit in clericis in sacris ordinibus constitutis, sed etiam habet locum in clericis primæ tonsuræ. ita Doctores communiter dicunt in d. c. 2. de foro compet. & in c. cum non ab homine. Abb. in c. cum contingat. de ætat. & quali. Dec. in cap. clerici. de iudic. Alex. in consi. 149. vol. 6. Bartholom. Cæpol. in consi. 11. Socin. in consi. 12. vol. 1. Barbat. in d. consil. 45. & Hyppol. de Marsil. in consil. 67. & ideo cum iudex laicus non possit inquirere nec procedere, nec condemnare clericum, processus fabricatus contra clericum est nullus ipso iure, etiam si nunquàm comparuerit, & appellauerit. Felyn. in c. cum ordinem, extra de rescript. Natta in dicto consilio 495. Bald. in l. si quis ex aliena. ff. de iudic. Speculat. in tit. de cita. §. 1. uers. sed pone, quod iudex. columna antepenultima. Iulius Clarus in lib. 5. sententiarũ. §. fi. q. 36. uers. est autem hæc exceptio. Foller. in sua practica criminali in 1. parte secundæ partis in c. audiantur excusatores. num. 30. & Grammat. decis. 29. & decis. 61. & uoto 18. & non solum clerici gaudent priuilegio fori, & remittendi sunt ad iudicem ecclesiasticum, sed etiam laici, qui cum clericis deliquerunt Marsil. in singul. 180. Ferra. caut. 10. Felin. in c. placuit. de præscription. Marian. Socin. in c. 2. de mutuis petition. Socin. iun. in l. cum senatus. in fin. ff. de rebus dub. ubi dicit in facto ita obtinuisse. Marian. Socin. in consilio duodecimo, volumine primo. Crot. in l. 1. in princ. nu. 15. in 2. not. ff. de uerb. oblig. & Cardin. Paris. in cons. 154. volumine quarto, uerum, quoad laicos hæc cõclusio habet difficultatem, cum in consilio Neapolitano contrarium fuerit seruatum teste Capyc. decis. 173. & licet quandoque quoad laicos etiam seruetur antedicta conclusio, teste Follerio in practic. crimin. in 1. p. secundæ partis, in c. audiantur excusatores numero 79.

Et si dicatur istum inquisitum non posse gaudere priuilegio fori clericorum, quia non incedebat in habitu, & tonsura, & clericus nō incedens in habitu, & tonsura potest a iudice 13 laico puniri, quod uerum esse uidetur tam ex dispositione iuris Canonici, ut uidetur probari in c. 1. ext. de apostat. & in c. 1. de cleri. coniug. in 6. quam ex dispositione regiarum pragmaticarum, nam in hoc Regno est Regia pragmatica Regis Ferdinandi, quę incipit Ferdinandus, &c. vniuersis. sub rub. quòd dia coni uulgo dicti Saluatici uadant in habitu, & tonsura, in qua disponitur, quod diaconi, & clerici primæ tonsuræ debent utique assidue, & continue incedere in habitu, & tonsura clericali, diuinis officiis horis congruis deseruire, & personaliter interesse ecclesiæ, & a negociis secularibus abstinere, alias non gaudēt priuilegio clericali, sed ciuiliter, & criminaliter coram secularibus iudicibus possunt conueniri. Item idem disponitur in alia pragmatica, quæ incipit Ferdinandus, &c. Illustrissimo Don Henrico.

Huic obiectioni pluribus modis responde tur, et primo negando istum clericum nō incessisse in habitu, & tonsura, & quòd se ingesserit in negociis secularibus, & curia, quæ prætendit contrarium probare debet: & ratio est, quia ubi a lege, uel statuto profertur aliquid cum aliqua qualitate, tunc qualitas illa 14 probati debet. l. prætor. §. docere. ff. de ui. bonorum raptor. l. 1. §. ait prætor. & ibi Bar. ff. ne quid in flum. publ. Dec. in cons. 13. & in cap. 2. ext. de rescript. & maxime hoc procedit, quādo loquimur de qualitate, quæ fundat, & priuat iurisdictionem, de qua ante omnia debet constare plene. l. u. §. sed si dubitatur. ff. de iudic. & ibi Doctores, & maxime Bal. in l. si quis ex aliena. eo. tit. & ibi etiam Bart. & alii Doct. Bal. in l. præscriptione. C. si contra ius, uel vtil. publ. & in l. 2. ff. si quis in ius uoca. non cer. Abb. & Canonis. in c. super litteris. ext. de rescript. & Thom. Grammat. uoto 11. num. 6. Sed Regiæ pragmaticæ volunt clericos primæ tonsuræ non gaudere priuilegio fori, si non incedunt in habitu, & tonsura, si non deseruiunt ecclesiæ horis congruis in diuinis officis, & si non abstinent a negociis secularib. ergo ad hoc, ut clerici dicto priuilegio fori priuati dicantur, necesse est probare illas qualitates, scilicet, quòd non incesserint in habitu, & tonsura, quod non deseruierint ecclesiæ horis congruis in diuinis officiis, & quòd se immiscuerint in negociis secularibus, quæ qualitates in casu nostro cum non fuerint probatæ nō est dubium Dominum Iudicem non posse fundamentum facere in dictis Regiis pragmaticis.

Secundo respondetur dictas pragmaticas editas a Rege, & Principe seculari disponentes super clericos, & personas ecclesiasticas non ualere, nec seruari debere, & ratio est, quia lex assumit uires a potestate condentis legem l. fin. ff. de iurisdict. om n. iud. c. a nobis. 15 ext. de sent. excommunicat. c. vt animarum. ext. de constitut. in 6. Sed Rex non habet potestatem super ecclesias, nec personas ecclesiasticas. cap. cum ad aurem. & c. si imperator. 96. distinct. facit cap. ecclesia Sanctæ Mariæ. cum sua materia. ext. de constitut. & authent. cassa. C. de sacrosanct. eccles. ergo Rex ex defectu potestatis non potuit leges condere cōtra ecclesiasticas personas. ita in specie tenet Gramm. decis. 29. & in consilio primo, edicto post decisiones, quod consilium est de foriudicatione. num. 27. cum sequent. & Capyc. decis. 161.

Et ita fuisse decisum per Iudices magnæ Curiæ Vicariæ affirmat Grammaticus, & idē dicit Petrus Follerius in sua practica criminali in prima parte secundę partis inc. audiantur excusatores. num. 19. per totum. & num. 87. & Matthæus de Afflict. in constitut. Regni, quæ incipit de personis ecclesiastis numero secundo.

16 Tertio respondetur, quod de iure communi clericus incedens sine habitu, & tonsura nō priuatur priuilegio fori, licet priuetur priuilegio. c. si quis suadente. 17. q. 4. nisi fuisset inueteratus in aggressuris leuis, & enormibus. Io. Andre. in c. perpendimus. de sent. excommunicat. & ibi eum sequitur Abb. idem tenet Socin. in cons. 12. vol. 1. Marsil. in singular. 338. & in cons. 67. & Alexan. in cons. 8. uol. 1. vbi dicit communem esse opinionem, quòd, qui non incedit in habitu, & tonsura si se immiscet enormitatib. non perdit priuilegium, nisi fuerit a suo Episcopo admonitus prius trina admonitione, ut a prædictis desisteret, & habitum reassumeret, cum quo transeunt Fulgo. in cons. 154. in fi. Ant. de Butr. & Cardinal. in d. c. perpendimus. Barthol. Cœpoll. in consil. 11. circa fi. & est communis opinio, ut ait Didac. in d. q. 21. post nu. 1. & Gramma. voto 33. ubi ait ita pluries iudicasse magnam Curiam Vicariæ, & sacrum consilium, & idem pluries magnam Curiam Vicariæ, & sacrum consilium iudicasse affirmat ipse Grammat. super constit. Regni. in c. Apostatantes. nu. 4 Immo ad hoc, ut clerici in omnib. ordinib. constituti priuilegio fori priuati censeantur, sex requiruntur. Primo, quòd non incedant in habitu, & tonsura. Secundo, quòd ingerant se enormibus. Tertio, quod in illis frequentauerint. Quarto, quod in illis depræhendantur. Quinto, quod fuerint moniti. Sexto, quod post monitionem fuerint incorrigibiles. Io. de Anan. in capitulo primo, in ultima columna, de Apostatat. est bene verum, quod Anton. de Butri. in dicto capitulo primo, de apost. dicit, quod quattuor requiruntur ad hoc, ut clerici in minoribus ordinibus constituti priuilegium clericale admirrant.

Primo, quòd non incedant in habitu, & tonsura. Secundo, quod ingerant se enormitatibus. Tertio, quòd in illis frequentauerint.

netint. Quarto, quòd in illis depræhendatur. Quib. requisitis additur quintum, quod est, vt fuerint tertio moniti. Barthol. Cœpoll. in conf. 11. & Anton. Capyc. decis. 161. & quod ista trina monitio sit necessaria tenent Alex. in cons. 8. volumine primo, Matth. de Afflict. in const. Regni. apostatantes. columna tertia, & Thomas Grammat. tam in d. const. quam in uoto 33. vbi asserit pluries ita extitisse iudicatum tam per magnam Curiam Vicariæ, quam per Sacrum Regium Consilium, & est communis opinio, ut tradit Roland. a Valle in cons. 4. num. 31. volum. 1. & non sufficit generalis monitio, sed debent clerici specialiter moneri. clem. 1. & ibi gl. in uer. nominatim. de uita, & honest. clericor. Marsil. singul. 259. Rubeus cons. 76. & ratio est, quia cum quilibet clericus particulariter lædatur, igitur particulariter debet moneri. arg. l. nã ita Diuus. ff. de adoption. & l. fina. C. si per uim, uel alio mo. & debet esse trina monitio, & non sufficit una cum interuallo dierum. glo. in d. clem. 1. de uit. & honest. cleric. in uers. tertio. Innocẽt. in c. ex literis. eo. tit. Ioan. de Imol. & Abb. in dicto capit. fin. de ui. & honest. cleric. gl. in c. si uero. §. 1. de sentent. excommunicat. glos. in capit. sint ornatu. 5. q. 4. Archid. 68. distinctio. can. fin. Felin. in cap. quoniam frequenter. §. porro, columna septima, ut lite non contest. Alexand. in cons. 8. volumine primo. Andre. de Isern. & Matth. de Afflict. in const. Regni. apostatantes, & Thom. Grammat. uoto trigesimotertio.

Cum igitur in casu nostro iste Mauritius non se ingesserit in enormitatibus, nec in illis possumus dicere, quòd frequentauerit, nec in illis fuit depræhensus, nec per interualla dierum tertio monitus fuit ab Episcopo, non est dubium, quòd gaudere debet priuilegio fori, & remitti debet ad Curiam Episcopalẽ, & iuribus in contrarium allegatis respõdeas, ut per Alex. in d. cons. 8. nol. 1. & quod ita fuerit semper decisum in Sacro consilio, quòd clericus primæ tonsuræ non incedens in habitu, & tonsura, & non interuiens alicui ecclesiæ in diuinis remissus sit, & remitti debeat ad Curiam Episcopalem tradit Grammat. in dicta constit. apostatantes, vbi notabiliter loquitur.

Et si dixeris, quod licet hæc procedant de iure communi, tamen in hoc Regno si clericus in minoribus ordinibus constitutus incedat sine habitu, & tonsura, sine alia monitione perdit priuilegium clericale, cum monitio illa generalis sufficiat, ut habetur in extrauaganti Clementi Papæ septimi. in rub. de uita, & honest. cleric. quæ edicta fuit de anno 1524. ad requisitionem Ludouici de Corduba Ducis Suetiæ tunc temporis Caroli Romanorum, & Hispaniarum Regis Catholici Imperatoris electi oratoris, & edicta fuit pro clericis huius Regni Siciliæ citrã farum.

Respondeo, quòd dicta clementina procedit solum in clericis in minoribus ordinibus constitutis, qui non sunt beneficiati, & non habet locum in clericis beneficiatis, quia etiã 17 quòd incedant sine habitu, & tortura non perdunt priuilegium fori clericorum, ita notabiliter tradit Grammat. in const. Regni Apostatantes, sub numero quinto, in fin. quem refert, & sequitur Iulius Clarus in lib. 5 sentẽtiarum. §. final. q. 36. uers. hæc autem, quæ de clerico, & ita determinauit Sacrum Concilium Tridentinum in 23. sessione. capit. 6. ubi sancitum fuit clericum in minoribus ordinibus constitutum gaudere priuilegio fori etiã quòd non incedat in habitu, & tonsura, dummodo habeat beneficium ecclesiasticum, & hoc etiam modo respondetur regiis pragmaticis, ut non procedant, quando clerici sunt beneficiati, cum ipsi non admittant beneficium clericale si non incedant in habitu, & tonsura, & ratio est, quia clerici in minoribus ordinibus constituti, quando sunt beneficiati æquiparantur clericis constitutis in sacris, tex tus est cap. 1. extra de postulan. & ibi Abb. & Abb. in c. fi. nu. 5. eo. tit.

Et hinc est, quòd prohibitio de aliqua re facta contra clericos in sacris ordinibus constitutos compræhendit etiam clericos primæ tonsuræ, dummodo obtineat ecclesiastica beneficia, & ideo est, quòd cum clerici in sacris constituti prohibeantur exercere negocia secularia. cap. 1. extra ne cler. uel monac. etiam prohibiti dicuntur clerici primæ tonsuræ beneficiati, licet non beneficiatis non prohibeãtur negotia secularia alias licita. Hostiens. & Abb. in dicto capitulo primo, ne cler. uel monac. & non mirum, quia dicuntur in maiorĩ dignitate constituti, & ideo est, quòd filii clericorum in minoribus ordinibus constitutorum, & beneficiatorum non legitimantur per subsequens matrimonium, licet filii clericorum primæ tonsuræ non beneficiatorum per subsequens matrimonium legitimantur. Ioann. Andre in mercurialibus suis super regula, sine culpa. Bartolus in l. in concubinatu. ff. de concubinis, & Doctores in l. & si contra C. de nupt.

Vnde cum dicta Clementina non loquatur in clericis in sacris ordinibus constitutis, neque etiam loqui dicitur in clericis in minoribus ordinibus constitutis, qui ecclesiastica obtinent beneficia.

Et si denuo dixeris, quod non constat hunc esse clericum, cum in processu non fuerit præsentata nisi bulla beneficii, in qua enunciatiue fit mentio de clericatu, & ideo dicta bulla non probat clericatum. Petr. 18 de Ancharan. in capitulo, si iudex laicus. de sentent. excommunication. in vndecima columna uersiculo, sed iuxta præfata quæro, quem sequitur ibi Philippus Francus in eodem capitulo. §. non sic, vndecima columna, ubi subdit menti tenendum. Idem

tenent Io. Andre. in reg. non licet actori. de reg.iu.in 6. Abb.in c.dudum.num.7. extra de præsumption. Alex.in l.si prius.9.colum.vers. sed adde.ff.de oper.no.nunciat. Calder.& Anton. de Butr. in cap. post cessionem. de probat.& Bald.in d.l.si qua per calumniam,in secunda columna,uers. sed pone episcopus. C. episc. & cler.

Respondeo,quòd supradicta conclusio nõ procedit,quando,quis per decennium,& vltra possederit beneficium, nam tũc per bullā beneficii probatur clericatus,& ratio est,quia ex diuturna possessione beneficii infertur, quod fuerit legitime institutus,& rite. Hostiens.& Innocent.in c.illud.de præsumpt. Geminian.in c.ordinarii.de offic.ordinar. Dec.in cons.409.num.10. Anton.de Butr.& Imol.in c.ex insinuatione.de procurat. Ruin. in cons. 63.num.19.volum.1.& Ias.in l.sciendum.sub num.17.in uers.tertio facit.ff. de uerb.obliga. ubi dicit, quod clericus, qui longo tempore possedit beneficium sciente, & consentiente episcopo, præsumitur rite institutus in beneficio, nec tenetur ostendere titulum institutionis,& ideo est,quod licet initiatus sacris ordinibus nemo nascatur, aut præsumatur, quia id res facti est, & contraria primæuo hominis statui, tamen si quis diu se ut initiatum gesserit talis præsumitur,ita Innocent. in cap.super his.colum.3.de accusat. & est communis opinio,ut constat ex relatione Feli. ibi colum.9. & Andre.Tiraquell. allegans plures affirmat hanc esse communem opinionem.de præscription.§.1.gl.4.uers. decimoseptimo huc pertinet,& ita alias in contingentia facti per Sacrum Consilium extitit decisum,teste Grammat.decis.81.& ratio est.

Quia,quando sumus in antiquis uerba enũciatiua etiam prolata propter aliud inducunt ueram probationem. Aym.Crauet.in tractat. de antiquit.temp.in prima parte,in c. proposi tum nostrum principale.num.77.quæ cõclusio procedit etiam in præiudicium tertii,quādo ultra tempus antiquum fuit etiam possessio,ut est in casu nostro. Aymo. Grauet. in d. tract.in p.1.c. ampliatur nunc memorata conclusio.num.20.

Cũ igitur in casu nostro simus in antiquis, quia iam transacti sunt duodecim anni, quod bulla fuerit expedita,& iste Domnus Mauritius fuerit,& sit in possessione beneficii, non est dubium,quòd verba clericatus enunciata in bulla plenam faciunt probationem, ex supradictis,ut supra dixi, dico,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Renunciatio de bonis per filiam facta propter ingressū in monasterium patri,non tenet,si non facta professio ne ipsa filia exit de monasterio.*

2 *Filia, quæ patri renunciauit, illi ab intestato succedere non potest. contra numero 13. declara numero 14.*

3 *Filia semel exclusa semper remanet exclusa. declara numero ....*

4 *Renunciatio,quæ per filiam fit patri dicitur ad commodum masculorum fieri, & ideo patrui in successione patris filiæ præferuntur.nu.5.*

6 *Pactum renunciationis per filiam factum patri de hereditate paterna,seu de alia hæreditate non dum delata etiam iuramento firmatum,non valet,& monasterio non præiudicat.*

7 *Renunciatio habet tacitam conditionem, si successio ad renunciationem deuoluatur, & ideo si illa tacita conditio non euenerit, renunciatio habetur pro non facta.*

8 *Verba pacti intelligũtur prolata in tempore,quo actus suam efficaciam consequitur.*

9 *Renunciationis pactum factum per eum,qui ingredi vult religionem valet,declara nu.10.*

11 *Statutum,quòd ingrediens monasterium non succedat non valet,nec ualet pactum.nu.12.*

15 *Filia si tempore,quo renunciauit patri aliæ sorores,& demum moritur pater ipsa admittitur ad hæreditatem patris vna cum aliis sororibus.*

16 *Renunciatio per filiam patri facta cum iuramento metu patris,uel nimia reuerentia,non tenet.*

17 *Ad probandum metum paternum sufficit probare enormissimam læsionem,quæ,quando sit in consideratione,uideas in nu.18.*

19 *C.quamuis.de pact.lib.6.quando procedat.*

Consilium XIII.

QVondam Magnifica Olimpia Emiliana eum consensu, & auctoritate sui patris causa mortis donauit Antoniæ eius filiæ legitimæ, & naturali omnia bona mobilia, stabilia,iura,& actiones se se mouentes, tam dotalia, quàm vndecumque peruenta, & casu, quo moreretur sine filiis legitimis,& naturalibus ex eius corpore descendentibus, in tali casu cum eadem auctoritate sui patris causa mortis donauit ducatos quingentos Ioanni Antonio de Picis eius uiro, & residuum bonorum suorum causa mortis donauit quondam Antonio de Zeccheriis ibidem præsenti,& acceptanti,ut patet ex contractu donationis causa mortis rogato manu Egregii Notarii Ioannis Bernardini Porzij sub die 23. Mensis Augusti 1567. Qui Antonius iura,quæ habebat super dicto residuo uirtute dictæ donationis donauit inter uiuos Ioanni Emiliano,ut apparet ex contractu rogato manu eiusdem Notarii.

Post dictas donationes mortua fuit dicta Magnifica Olimpia, & demum ex hac uita decessit dictus Antonius superstite Antonia, quæ Antonia asserens uelle religionem ingredi,renunciauit Ioanni Antonio eius patri omne id totum,& quicquid sibi quomodocunque,& qualitercunque competeret, aut com

petere

petere posset tam super bonis maternis,pater nis,auitis, & omnium aliorum de eius agnatione,uel cognatione,tam de præsenti,quam de futuro,pro se,& suis hæredibus, & successoribus,vt apparet ex contractu rogato manu Egregii Notarii Iosephi Grasciæ sub die 4. Mensis Septembris 1582. & dictus Ioannes Antonius pro dote eius filiæ monialib. Sanctæ Luciæ promisit ducatos tercentum , ut constat ex alio contractu rogato manu Egregii Cosmi Giptij.

Post omnia prædicta Antonia ingressa est monasterium,& effecta est monialis, post cuius ingressum ante professionem, quam usq; adhuc non fecit, mortuus est Ioannes Antonius eius pater ab intestato. Ad præsens de tribus dubitare contingit.

Primo, an donatio facta per dictam quondam magnificam Olimpiam quondam Antonio de Zeccherijs in casum, in quem Antonia eius filia moreretur sine filijs legitimis. & naturalibus ex eius corpore descendentibus, sit effecta caduca,ex quo Antonius superstite dicta Antonia, & ante casus, seu conditionis euentum mortuus fuit.

Secundo, an dicta Antonia ex quo non est professa, si vult exire de monasterio non obstante renunciatione,patri ab intestato succedere possit.

Tertio,& ultimo,an dicta Antonia,seu pro ea monasterium nō obstante renunciatione ab intestato succedere debeat Ioanni Antonio, an uero eius patrui, & fratres carnales defuncti succedere debeant , & sic an patrui in successione ob renunciationem præferantur.

In primo dubio concludendum est propter mortem quondam Antonij de Zeccherijs ante casus,seu conditionis euentum,donationem causa mortis per quondam magnificam Olimpiam factam,caducam effectam fuisse, quæ conclusio probatur in l. vnica. §. fin autem. C.de caduc.tollend.

Circa secundum dubium similiter concludendum est ipsam Antoniā exeundo de monasterio, cum non fecerit promissionem debere,& posse patri ab intestato succedere,non obstante renunciatione. Et ratio est,quia dicta renunciatio facta fuit, quia ingredi uolebat monasterium monialium Sanctæ Luciæ

1 de Aquila, Deoque eius uitæ tempore interuenire, ut narratur in principio instrumenti, ex quo finalis causa renunciationis colligitur, arg. l.fin.vbi Bart.ff.de hæred.instit.l.1. in prin. ff.ad Macedonia.& notat Bald.in l.5.in princ. per illum textum.ff.de orig.iur. ergo cessante causa renunciationis,cum nolit esse monialis, & professionem facere, debet etiam cessare, vel saltim quod resoluatur dicta renunciatio patri facta,arg.c.cum cessante,de appellat.& l. adigere.§.quamuis, de iur. patronat. pro qua conclusione facit bonus tex.in c. quod a te. §. sane de elect. coniugat. & sic in terminis concludit Dec.in cons.86.colum.5.uersicu. & ista donatio. Socin. inter consil. Ruyni in subscriptione ad consilium eiusdem Ruyni.nu. 205. uolum. 1. & auctor. in Addition ad consilia Decij in cons. 31. in litera b. Ias.in consil. 103. alias 104.volum.x. Curt.iun.in consil.141.colum.3.Socin.in cons.183.volum.2.& Cagnol. in l.1.num.37.ff.de orig.iur.cum igitur cesset, seu resoluta dicatur renunciatio patri facta, non est dubium , quod ipsa ab intestato patri succedere debet , cum in successione prima causa sit filiorum.§.si quis igitur,auth.de hæred.ab intestat.venient.

In tertio & ultimo dubio uidetur prima facie concludendum dictam Antoniam monialem (casu quo nolit de monasterio exire) seu monasterium propter renunciationem patri factam , non posse ab intestato Ioanni Antonio eius patri succedere, sed patruos in hac successione ab intestato admittendos, & præferendos esse, quæ conclusio omissis superfluis,hac ratione probari uidetur.

2 Filia,quæ patri renunciauit,illi ab intestato succedere non potest. Dominic. in c quamuis,colum.ffn.de pact.in 6.& ibi Natta col.10. in nona limitatione. Aret.in l. qui superstitis, colum.2.in fin.& seq.ff.de acquir.hæredit. Io. Crat.colum. 10. in 3. limitat.Roman.colum. 8.Angel.colum.2.in 6.Fallentia,in l.stipulatio hoc modo concepta.ff.de uerbor.obligat. Roman.colum.3.in fine,& Salycet.colum. fin.in l.pactum.C.de collation. Alexan.in cons. 149. * colum.2.ubi dicit ita communiter teneri, nolum.7.& in cons.29. colum.2. uolum.3. Aret. in cons.17.colum.8.Paris.in cons.26.colum.2. & seq.uolum.3.& in cons.69.col.2.& 3.in fin. & colum.seq. uolum.3. Guid. Papa q.193.& decis.Tholos.456. & hæc est communis opinio,& ratio est.

3 Quia filia semel exclusa semper remanet exclusa. Paris.in cons.22.num.20.in consil. 23. num. 51. uolum. 1. & in cons.72.num.79.uol. 4.Socin.iun.in cons.14.numer.5.uolum.2.& Neuizan.in cons 8.num.32.quæ conclusio dicitur uera quando renunciauit iuri de præsenti,& de futuro, nam tunc semper dicitur exclusa ad commodum quemcunque succedē- * tium ab intestato. Roman. in cons. 22. Socin. sen.in cons.34.numer.5.& 6.uolum.4.Dec.in cons.506.num.3. Paris.in cons.26.num.26. & in cons.69.num.65. volum.3. Alciat.responso 97.Grammat.decis.57.num. 42.& decis.101. num.72.& Rip.ad l.qui Romę.§.duo fratres, numer. 11.ff. de uerb. obligat.& tanto magis quando pater, prout est in casu nostro recepit, atque approbauit renunciationem a filia factā pro se, & suis hæredibus nam tunc dicitur exclusa etiam ad commodum patruorum. Capyc.decis.190.& magis in terminis Iacob.Menochius in cons.6.numer.16. & sub d.num.in - uers.quinto accedit,& hæc conclusio videtur uera sine difficultate , quando militat eadem ratio exclusionis, prout militare uidetur in casu no-

su nostro, quod hac ratione probatur.

4 Renunciatio ista dicitur fieri ad commodum masculorum, qui familiam, & agnationem conseruare possunt, & hanc esse finalem rationem dixerunt Corn. in cons. 291. volum. 4. Bellon. in cons. 15. number. 12. & Crauett. in cons. 42. num. 2. sed hæc ratio militat etiam in istis patruis, qui idonei sunt conseruare agnationem, & familiam, ergo etiam in eis militare debet renunciationis dispositio, & ideo dicitur facta etiam ad commodum patruum, quæ ratio in casu nostro uidetur uera propter illa uerba in contractu renunciationis apposita. Cum pacto recuperandi data æquali quantitate territorij in alio loco quandocunque, uel per ipsum magnificum Ioannem Antonium, vel per eius fratres carnales patruos dictæ dominæ Antoniæ, & quod ideo stante di-

5 cta finali ratione renunciationis patrui, filiæ, quæ renunciauit præferantur, tenent Corn. in cons. 291. num. 6. uolum. 4. ubi ita de nepote ex fratre respondit. Guid. Pap. q. 192. Aufrerius, in decisionibus Capellæ Tholosanæ. q. 457. & magis in terminis Menoch. in d. cons. 6. per totum, & præcipue nu. 11.

Hac ratione in contrarium adducta non obstante, contrariam opinionem de iure uboriorem esse puto, quod hisce rationibus demonstratur.

6 Primo. Renūciatio fit ob eam causam, quia dicta Antonia deliberauerat ingredi religionem, & effici monialis monasterij monialiū sanctæ Luciæ, & sic facta fuit antequam monasterium ingrederetur, modo sic, Pactum renunciationis per filiam factum patri de hæreditate paterna, seu de alia hæreditate nondum delata, etiam iuramento firmatum non valet, & monasterio non præiudicat. Socin. in cons. 183. uolum. 2. & in l. fin. ff. de his quæ pœnom. relin. Corn. in cons. 272. uolum. 3. Ruyn. in cons. 204. & ibi in subscriptionibus idem tenent Antonius Cochus de Florentia. Soc. in cons. 205. Felyn. Sandeus in cons. 206. & Cor. in cons. 207. vol. 1. & ratio est.

7 Quia illa renunciatio habet tacitam conditionem, si successio ad renunciationem deuoluatur, & ideo si illa tacita conditio non euenerit, renunciatio habetur pro non facta. Paul. de Castr. in l. pactum dotali. C. de collat. & ibi Alex. Io. de Imol. & Paul. de Castr. in d. l. qui superstitis. Bald. in l. fin. C. de pact. Ioan. Cephal. in cons. 142. & in cons. 34. numer. 18. Rip. in lib. 3. responsor. super ff. nouo. in tit. de donation. cap. 6. nu. 11. Rolan. a Valle in cons. 11. num. 2. uolum. 1. & est de mente omnium Doctorum, quæ conclusio probatur argum. l. quoties. §. fin. & l. Stichum. §. final. in fin. ff. de nouatio. & etiam quia hæreditas illius, de cuius hæreditate agitur, non delata, non potest repudiari nec ante, nec post mortem. d. l. qui superstitis, & l. is qui hæres, in princ. ff. de acquiren. hæredit. Sed postquam monialis effecta est, & eo tempore defertur hæreditas, tūc defertur ad monasterium sine facto monialis, & non ad ipsam monialem. Innocent. Io. Andr. Anton. & Abb. in c. in præsentia, extra de probat. Imol. in l. si pater familias. ff. de hered. instituend. Paul. de Castr. in l. legatum. ff. de legat. 1. Franciscus de Rampon. in l. post aditam. C. de impuber. & alijs substitut. Imol. Alex. num. 21. cum seqq. Ripa numer. 150. & Alciat. num. 52. in l. 1. de vulg. & pupill. substitut. Guilhelm. de Benedictis in c. Raynucius, extra de testamen. in materna vulgaris substitutionis num. 8. Couarru. in c. i num. 21. de testamen. Cyn. Franc. Tigni, & Bald. in l. Deo nobis. C. de episc. & Cleric. Angel. in l. Papinianus, in princ. de inoffic. testam. Felyn. in c. ex rescripto. extra de iure iur. Bal. in cons. 494. volum. 5. Corn. in cons. 88. volum. 2. ubi hanc esse communem opinionem canonistarum affirmat Ruyn. in cons. 205. num. 1. vol 1. et Angel. in cons. 91. et in cons. 133. ergo ex quo successiuo ad monasterium, & non ad ipsam monialem deuoluitur, conditio renunciationis deficit, & sic deficit renunciatio. l. cedere diem. ff. de verb. significat.

8 Confirmatur hæc ratio, verba pacti intelliguntur prolata in tempore, quo actus sua in efficaciam consequitur. l. in delict. s. §. si extraneus ff. de noxal. sed tempore, quo defertur hæreditas est iam ingressa, ergo fit pactum semper de ingressa, & per consequens non ualebit, cum sit alienæ iurisdictionis, paria enim sunt aliquid fieri tempore prohibito, uel fieri tempore licito, sed conferre effectum in tempus prohibitum. l. quod sponsæ. C. de donatio. ante nupt. & ibi Bart. sed istud renunciationis pactum confert effectum tempus, quo erit ingressa, quo tempore sine consensu monasterij renunciare non potest, auth. ingressi, & ibi Doctores. C. de sacrosanct. eccles. ergo istud pactum non ualet. Nec eueniente conditione retrotrahitur usque ad tempus factæ renūciationis, quia non potest hæreditas uiuente illo, de cuius hæreditate agitur, repudiari. d. l. qui superstitis, ergo trahi non potest ad tempus quo pater uiuebat, quia extremum ad, quod deficit iux. l. huic scripturæ. ff. ad l. Aquiliam, & in l. si is qui pro emptore per Bartol. ff. de vsucapion. & deficit extremum etiam a quo, ex quo tempore delationis, non ad monialem, sed ad ipsum monasterium defertur, prout supra dixi.

9 Et si dicatur, quod immo huiusmodi renunciationis pactum factum per eum, qui ingredi vult religionem ualeat, prout tenent Bart. num. 7 & Bald. in l. final. C. de pact. Decius in cons. 31. Franciscus Purpurat. num. 188. & Cagnolus num. 204. in d. l. fin. & Couarruuias in d. c. quamuis, in tertia parte relectionis. §. 2. nu. 2. cum seqq.

10 Respondetur quod doctrina Bartoli procedit quando filius pacto iurato se excludit, ita quod se reperit exclusum siue ingreditur religionem, siue non vnde non potest inducere im pe-

impedimentum uitæ contemplatiuæ, secus uero est quando filius dicitur exclusus, si religionem tantum ingreditur, secus si non ingreditur, vel si ingreditur ante professionem ad seculum redit, nam tunc renunciatio non tenet, ita tenet Socin. in locis supra citatis, & alij Doctores eandem tenent declarationem, & ratio est.

Quia causa istius renunciationis factæ per hanc Antoniã fuit ingressus religionis, quod probatur ex duobus.

Primo, quia deducitur per uiam causæ in proœmio, per quod causa finalis ostenditur. l. final. & ibi Bart. & omnes. ff. de hæreditat. instituend.

Secundo, quia hoc exprimitur, in hac renũciatione, in qua cum agatur de magna donatione, prout dicit Bart. in l. demonstratio falsa. ff. de conditiou. & demonstration. non est uerisimile quod si credidisset manere in seculo, quod renunciasset, & sic satis dicere constare, quod alias non fuisset renunciatum si non transisset ad monasterium, & sic effectualiter pactum istud excludere uidetur, si ingrediatur religionem, sed non excludit si religionem non ingreditur.

11 Modo sic, uti non ualet statutum, quod ingrediens monasterium non succedat. Bart. in d. l. fin. quæ conclusio est uera, & communis, siue statutum utatur uerbo præsentis temporis, seu uerbo præteriti temporis. Ias. Angel. Imol. Lodouic. & Alex. in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de uerbor. obligat. Ias. Dec. Riminald. Aquens. & Bolognett. num. 105. in d. l. fin. Brun. in tract. de exclus. fęminar. art. 6 in 2. q. Dec. & alij in c. in præsentia, extra de probation. & in c. ecclesia, num. 49. de constitut. Io. Baptista de Sancto Seuerino in repet. l. omnes populi, colum. 48. ff. de iust. & iure. Matthæs. not. 145. Socin. in cons. 241. uolum. 2. & in cons. 81. uolum. 1. & Couarruuias in repet. d. cap. quamuis, in tertia parte relectionis. §. 2. sub num. 4. uers. illud sane adnotandum est, ita non ualet pactum, per quod quis successione priuatur, si religionem ingreditur, nam uti non ualet statutum, sic non ualet pactum,

12 quia est contra libertatem ecclesiasticam, retraheretur ab ingressu religionis, & uita contemplatiua, quod est damnosum ipsi, & contra libertatem ecclesiæ, & ita communiter tenetur, prout dicit Bolognettus, in dicta l. final. sub numer. 106. uersicu. tertio modo potest intelligi.

Et hæc opinio cum sit in fauorem ecclesiæ est tenenda, cum in dubijs opinionibus sequẽda est in iudicando illa opinio, quę fauet ecclesiæ. l. sunt personæ. ff. de religios. & sumpt. funer. c. fin. de re iudic. & l. si pars, in princ. ff. de inoffic. testam. pro qua facit id, quod consuluit Petr. de Anch. in cons. 223. ubi dicit quod non ualet statutum disponens, quod uxore ingrediente religionem maritus lucretur certam partem dotis, quia per hoc statutum forte retraheretur mulier a religione, facit etiam quia de proximo efficienda moniali, habetur pro moniali. arg. l. pen. ff. de milit. testament. per quam regulam consuluit in pulcro casu Cepoll. in cons. 93. & in alio casu in terminis statuti. Abb. in consil. 79. volum. 2. Petrus de Anchar. in c. 2. de constitut. & Abb. in simili. in d. c. ecclesiæ sanctæ Mariæ, de constitut. & ideo cum ista iuuenis tempore renunciationis de proximo erat efficienda monialis, debebat haberi tunc temporis pro moniali, & ideo tanto magis concludendum est pactum renunciationis etiam iuramento firmatum non ualere.

Quæ conclusio hodie iudicio meo est indubitata ob determinationem factam per sacro sanctum Concilium Tridentinum in sessione 25. capit. 16. incipien. nulla quoque renunciatio.

Et in casu nostro credo uerissimam conclusionem, quia prout in facto mihi præsupponitur, ista iuuenis suasionibus patris, & per vim, & metum coacta fuit religionem ingredi, & post ingressum, & post mortem patris declarauit uelle ad seculum redire, ex quo coacte effecta fuit monialis, & non de eius bona, & spontanea uoluntate, immo expresse declarando eius intentionem ad presens dicit nolle facere professionem, & uelle ad seculum redire, si uirtute renunciationis non potest consequi bona paterna, & materna, si in religione permaneat, adeo quod nisi bona cõsequatur retrahi se vult a religione, & sic constat expresse pactum istud esse impedimentum uitæ contemplatiuæ, ideoque non ualere, arg. §. sed hoc de præsenti, authent. de sanctissim. episc. & in terminis concludit Ang. in disputatione incipien. quidam nobili genere natus, & pro hoc cessat id, quod dicebatur per Doctores contrariam opinionem tenentes, dum concludunt non esse uerum, quod per hanc conditionem renuncians auertatur a religionis professione, ex quo sponse deliberant de religionis ingressu, & paupertatem eligens bonis, & hæreditati futuræ renunciãt, ea ex causa, quia religionem profiteri vult; alioquin profecto minime renunciaturus, igitur nequaquam impeditur a religionis professione per renunciationem istam, quæ manifeste fit ea ex causa, quod ingrediatur renũcians religionem. Hæc enim ratio non habet locum in casu nostro, quia hæc non fuit deliberatio istius iuuenis, sed patris, qui per uim, & metum coegit religionem introire, & ad præsens si permanens in monasterio bona nõ potest recuperare, vult de eo exire, & ad seculum redire, sed si recuperare potest dicta bona in fauorem monasterij, vult honoris causa in religione permanere. Stante igitur hac ueritate, concludendum est supradictum pactum renunciationis non ualere, ne iuuenis ista a religione retrahatur.

Secũdo quod ista monialis succedere possit ab

fit ab intestato patri mortuo, non obstante renunciatione probatur hac alia ratione.

13 Pater quando ab intestato decedit, tunc ad eius hæreditatem filia non obstante renunciatione ei succedere potest, quia sicut quando testatur pater renunciatio non obstat, si filiam instituit, ita quando decedit ab intestato, cum uideatur tacite ipsam instituere, ita tenent Zenzeli. in d. c. quamuis, de pact. in 6. & ibi Imol. Rota in antiquis. decis. 850. Aret. in cons. 91. colum. pen. Bertrand. in consilio 9. colum. 2. & in cons. 169. colum. 1. uol. 3. Imol. in consil. 1. colum. 2. uersicu. quinto pro hac parte, & colum. 5. uers. item non obstat, & Bologn. in cons. 35. ut in præsenti. col. pen. uers. uel, & secundo.

Et si dicatur quod contraria opinio est communis, prout supra in fundamento contrariæ opinionis dictum fuit.

14 Respondetur quod licet contraria opinio sit communis, tamen illa declaratur procedere quando extat aliquis ex patris descendentibus, qui sunt sui hæredes. §. 1. Inst. de hæred. quæ ab intest. deferunt. Et ideo quando extat aliquis ex patris descendentibus, filia ab intestato propter renunciationem patri non succedit, sed si non extat tunc secus est, cum filia patri ab intestato morienti succedat non obstante renunciatione. Bald. in cons. 437. incip. quædam puella fuit numer. 2. vol. 1. & Couarruuias in d. c. quamuis, in tertia parte relectionis. §. 3. sub nu. 4. in uers. quarto, & in uers. 9. & ratio duplex est.

Primo quia non est præsumendum paciscentes intellexisse de exteris, sed de eis tantum, qui ex parte descendunt, cum alij maxima cũ iniuria filiæ præferantur. l. cum acutissimi. C. de fideicommis. l. ex facto. §. ultim. ff. ad Trebell. & maxime hoc ita dicendum est in casu nostro, cum exprese pater acceptet renunciationem pro se, & suis hæredibus, & sui hæredes dicuntur tantum descendentes. d. §. 1. Inst. de hæred. quæ ab intestat. deferun.

Secunda ratio est, quia licet renunciatio cum iuramento sit potens ad excludendam filiam ab intestato, tamen non debet excludere ultra intentionem, & præsumptam patris voluntatem, cui fit renunciatio. l. tale pactum. §. final. ubi glos. & doctores. ff. de pactis, sed præsumpta, & uerisimilis mens patris, quando facit filias renunciare est uel, quod possit disponere de bonis ex arbitrio, vel quod filia non succedat, sed masculi nascituri, quæ est uera ratio in casu nostro, cum pater hanc iuuenem renunciare fecit, quia sperabat aliam accipere uxorem, & ex ea filios masculos procreare, prout in facto mihi præsupponitur, dicere autem quod pater uoluerit excludere filiam propter extraneos, & sic patruos, hæc præsumptio iuri nõ conuenit, cum pater præsumatur plus diligere filiam, quam extraneos. d. l. cum acutissimi.

15 Hinc est, quod si filia quando renunciat patri aderant aliæ sorores, & demum moritur pater, dicta filia admittitur ad hæreditatem patris una cum alijs sororibus, quia non est uerisimile, quod pater æqualiter filias non dilexerit. l. cum pater. §. euictis. ff. de legat. 2. Bald. in l. 1. in 2. notab. C. de pact. sed renunciatio præsumitur facta uel quod pater testando de bonis libere disponere possit, uel quod succedant filij masculi nascituri ex illa, uel ex alia uxore, mortua prima, & ideo non extantibus masculis, filia ab intestato cum alijs sororibus, non obstante renunciatione, ad hæreditatem patris succedere debet. Bald. in d. consil. 437. Dec. in cons. 230. in fine, & in cons. 309. col. 3. vers. & hoc idem suaderi uidetur, in cons. 370. colum. final. & in cons. 553. colum. 2. in fine. Corn. in cons. 291. per totum, volum. 4. Rota in decis. 860. utrum filia dotata, in antiquis. Aufrer. in decisione Tholosa. q. 456. & quest. 458. in fine Boer. decis. 204. num. 27. Aymon Crauet. in cons. 42. & Calcan. in cons. 33. num. 23. uers. & facit ratio.

Et quod hæc declaratio sit uera probatur hac alia consideratione. Ista renunciatio fuit facta tantum ad commodum, & beneficium Ioannis Antonij sui patris, ut in instrumento renunciationis in duobus locis exprimitur, & non ad commodum patruorum, nam si hæc eorum intentio fuisset, utique uti expresse dictum fuit factam fuisse ad commodum patris, ita expressissent factam fuisse ad patruorũ commodum post mortem patris sine filijs decedentis, & ideo cum dictum non fuerit uerisimile est eam non fuisse eorum intentionem. arg. l. unic. §. sin autem. C. de caduc. tollẽd. Adeo quod facta fuit ad commodum patris eius uita durante, & post eius mortem ad commodum suorum hæredum, qui sui hæredes dicuntur descendentes, & ultra proprietatem uerborum, a qua non est recedendum. l. non aliter. ff. de leg. 3. ita est uerisimile paciscentes de eis intellexisse, ne sequatur inconueniens, quod patrui filiæ præferantur cõtra dictam l. cum acutissimi, cum igitur cesset causa renunciationis, cessat ipsa etiam renunciatio. arg. c. cum cessante, de appellat. & ideo descendentibus non extantibus, prout est in casu nostro, filia ad patris hæreditatem admittitur, cum limitata causa limitatum producat effectum. l. in agris. de acqui. rer. domin.

16 Tertio principaliter supradicta conclusio probatur. Renunciatio per filiam patri facta cum iuramento ualet quando fit sponte, secus si metu patris, uel nimia reuerentia, nam tunc sibi non nocet, dummodo petat absolutionem a iuramento, faciunt notata in l. 1. §. quæ honorandæ ff. quar. rer. actio non det. & in l. pen. ff. de furt. tradunt Bald. 1. colum. ad fi. 1. q. & Paul. de Castr. 1. colum. ante finem, in l. pactum dotali. C. de collat. & licet ad probandum istum metum, sit necesse probare minas præcessisse. Afflict. decis. 69 in fin. tamen quãdo filia, quæ patri renunciauit patitur damnũ enor-

enormissimum, ob istud solum præsumitur 17 renunciasse ob paternam reuerentiam,& renunciatio rescindi potest. Dec.in l. pactum do tali.num.7.C.de collat.& in c. causam matrimonij num. 6. extra de offic. de leg. Paul. de Castr.in cons.174 volum.1. Roman.in l.si cum dotem.§.eo autem tempore,& l.quæ dotis.ff. solut.matrim. per l. si fideiussor.§. si pater. ff. de pignot.Socin.in cons.263.uolum.2. Curt. Iun.in cons.241.Cardin.Paris.in cons.26.num. 63.volum.3.Ioannes Cephal.in cõs. 34.num. 31.& in cons.142.num.38.uolum.1.& hoc indistinctè uidetur uerum, si mulier erat minor,& renunclauit patri, cum quo renunciationis tempore habitabat, & ex ipsa renunciatione immodice læditur. Ruyn.in consilio 270.uolum.1. & in cons.60. volum. 3. Neuizan.in sua nuptiali silua lib.2.num.81.vers.aduertatur secundo,& Cephal.in dd.cons.34.& 142. Sed in casu nostro ista iuuenis tempore renunciationis erat minor, simul cum patre habitabat, ac simul uiuebat, eratque sub patris potestate,& immodice ex dicta renunciatione læsa fuit,ut in facto p̃rsupponitur,ergo dicta renunciatio præsumitur facta metu, & nimia patris reuerentia, & ideo reuocari potest,ut ultra supradictos tenent Crotus in cõs. 120.num.27.& seq.per totum,& num.34. Berous,qui ait communem in cons.49.num.12. volum.1.Io.Cephal.in cons. 378. num.9. cum seqq.& in cons.405.numer.36.uolum.3.& in cons.592.uol.4.

Et si dicatur quod contrarium appatet in instrumento renunciationis,dum ibi dicitur, quod sponte non ui,dolo,metu,suasione, aut persuasione aliqua inducta,seu circumuenta, sed eius mora uoluntate, & animi firma deliberatione,cui instrumẽto standum est.l. cum precum.C de liber.caus.

Respondetur quod ex quo renunciatio metu,& paterna reuerentia facta præsumitur eodem modo omnes clausulæ in contractu renunciationis appositæ metu, & paterna reuerentia appositæ dicuntur, arg.l. doli clausula, vers.diuersum. ff. de nouar. nam cum omnia simul fuerint gesta,omnia præsumuntur metu extorta,arg.eorum,quæ notat Bart.in l.fin. §.item quæsitũ.ff.de cõdit.indebit.& eorum, quæ dicunt communiter scribentes in l. 2. C. quod met.caus.& ita ad propositum nostrum dicunt Soc.in d.cons.263.in 6.col. Curt. iun.in cons.161.nu.19.& Ioannes Cephal. in consil. 34.num.35.vol.1.

Et si denuo dicatur,quod in casu nostro ista enormissima læsio non est in consideratione, ex quo renunciauit, quia ingredi religionem uolebat,in quo casu renunciatio rescindi non potest ex ea causa, quod grauissima contigerit in ea læsio, siquidem opulentissimæ hæreditatis spes,aut denique ingens patrimonium præsens fuerit remissum modico accepto, & 18 si ad dotem ingressus in religione fuerit quãtitas congrua,& æqua, vt tenent Dec. in cons. 31.colum.pen.uers.ultimo non obstat.Aym. Crauet.in cons.160.colum.1.Couarruuias in d.c.quamuis.§ 2.num.5.& Fernand. Vasq. in tract.de successionum creatione, lib. 2. §. 18. num.130.& ratio est quia monialis ob paupertatem seruandam, & uouendam,religionem profiteri vult, paupertatem quærit, & ipsam elegit, & ideo non poterit dicere se læsam in dimittendis bonis ac diuitijs, quarum relinquendarum causa uitam religiosam elegit.

Respondeo duos considerando casus,quorum primus est,quando aliqua iuuenis ducta spiritu sancto omnino ex eius uera, & spontanea uoluntate religionem profiteri vult, & ideo paupertatem quærit,& ipsam elegit, tũc cum possit de eius bonis ante ingressum disponere libere. §.illud.§.nũc autem, authent. de monachis,can.si qua mulier. 19.q.vlt.auth. nunc autem,& auth. si qua mulier.C.de episc. & cleric. concludendum est cum supradictis doctoribus monialem læsionem nec pro ea monasterium allegare posse.

Secundus casus est, quando aliqua iuuenis non ducta Spiritu Sancto, nec eius uera, & spontanea uoluntate,sed per uim,& metum, & patris reuerentiam, cogitur ad ingrediendam religionem, nam tunc cum coacte paupertatem eligat, coacte etiam dicitur bonis renunciare, nam ex consequenti arguitur de antecedenti.l. ad rem mobilem .ff. de procurat.cum enim dicat renunciare, quia ingredi vult religionem uti per uim, metum, & paternam reuerentiam, coacta fuit ad uelle ingredi monasterium ita etiam p̃rsumendum est in necessarium antecedens, coactam fuisse renunciate,& a se bona abdicare, & sic cessat ratio supradicta per Doctores,considerata, cum non sit uerum, ex eius uera, & spontanea uoluntate uouere religionem, & paupertatem, & habet locum alia ratio per alios Doctores considerata,ad hoc ut renunciatio non teneat, & reuocari possit, id est uis, metus,& reuerentia paterna, ex læsione, fragilitate sexus,& minoritate considerata, & ideo adhuc firma remanet conclusio in casu nostro non militare dispositionem d.c.quamuis,& maxime quando non fecit professionem,nec intẽdit facere,prout considerauerunt Dec. in cõs. 86.num.5.& Curt. iun.in cons.162. & in casu isto cum sit considerabilis læsio, non tenet ista renunciatio etiam ob enormissimam læsionem.

19 Nam d.c. quamuis, cessat quotiescunque filia, quæ renunciauit enormissime fuit læsa, uam tunc potest uenire contra istam renunciationem saltim petita absolutione a iuramẽto,& eam rescindere potest. Anchar.in c.1.de constitut.in reg.accessorium,de reg. iur. in 6. in d.cap. quamuis,in 2.not. & in disputatione sua incip.cap. laicus,in cons.38.83.180. 339.& 375. Federic. de Senis in cons. 199. Calder. in cons.8.tit.de iure iuran. Anton. de Butr.in cõsil.45.Abb.in cons.8.& in cons.107. uolum.2. Cuman.

Cuman.in conf.180. Arer.in conf 92. Barbat. in conf 21.colum.4.uolum.1.& in conf.53.uolum.2.Felyn.in c.in præsentia,colum.4. ubi dicit istam communem opinionem de probat. Bald.in rub.C.de rer.permutat.colum.1.& in c. 1. colum.5. vers.item sacramenta,colum.2. in fi & seq.de pact.iura firman. Paul. de Cast. in conf.174.volum.1.& in conf.259.volum.2. Alex.in l. stipulatio hoc modo concepta, colum.3.uers tertio limita ff de uerbor.obligat. & in conf 89.volum.2.& in conf. 213. volum. 7.Rip.in lib.3.responsorum in tit. de donatio. respon.4.Dec.qui dicit istam partem communem in l.pactum quod dotali, colum.3.C. de coliat.& in d.c.in præsentia,in conf.45 in consilio 379. vbi dicit istam opinionem communem, in conf.181.551 616.86.230.203.206.& in conf.379. vbi dicit ipsam opinionem communem.Soc.in conf.263.uolum.2.& in conf. 20.uolum.3. Corn. in consil. 166. volum. 1.in conf.167.uolum.2.in conf.11.124.& 214. uol. 3.in conf. 147.179.& 258.uolum.4.Iat.in conf. 160.uolum.2.& in conf.133.volum.4 ubi dicit istam esse magis communem opinionem, Anton.de Butr.in c. cum contingat, colum. 8.vers.quartus casus,& ibi Abb.col.16. versic. nonus casus,de iure iur.Ioan.Anton. Rubeus Alexandrinus in conf. 101. Cepoll.in conf. ciuil.17.Calcan in conf.33.Bertrand.in consilio 181.volum.1.in conf.72.volum. 2.& in conf. 291.volum.3.Cassan.in consil ult. colum.pen. Fualdens.in caut.19 in tit.de acquirend. hæredit.Curt.iun.in conf.53.ubi affirmat hanc esse magis communem opinionem,& in consilio 141.Gozadin.in conf 97.Guid.Pap.quest.224. Marian.Socin.iun.in conf.48.& 77.uolum. 1. Grammat.decis.103.Paris.in conf.75. uolum. 3.Ruyn.in conf.106.num 19.in conf. 135. nu. 16.& in conf.170 uolum.1.& in conf. 60 uol. 3.Afflict.decis.322.Io.Cephal.in conf.34. Cagnol.in l.final.C de pact.& hæc hodie est magis communis opinio. Anton. Gabriel. in suis communibus opinionibus in lib. 3. in titu. de iure dot.& dot promiss.conclus.1.

Hæc conclusio indubitanter procedit,quando esset minor mulier,quæ iurasset. Ruyn. in conf.170.num.23.volum.2.& in conf. 60. uol. 3.Grammat.conf.ciuil.127.colum.1.& seq.& supradicti Doctores loquuntur etiam in iure quætendo in quo iure etiam enormissima læsio contingere potest spe futuræ acquisitionis,& ideo contractus rescinditur,ut tradit elegantissime Couar.in d.repet.c.quamuis, in §. 4.tertiæ partis piæ lectionis, nu 3.& sub nu.6. in uers.septima conclusio. & Ioannes Cephalus in d conf.35.& conf.142.

Sed in casu nostro ista iuuenis fuit enormissime læsa,erat minor,cohabitabat simul cum patre, eratque sub eius potestate, coegit per uim,& metum ingredi religionem, in qua ad præsens eius consanguinei honoris causa coacte detinent.non fecit promissionem, neque facere vult, ergo talis renunciatio rescindi debet, ut facta per uim, metum,& paternam reuerentiam ac etiam uti dolose ipsa facta,qui dolus ex enormissima læsione arguitur.

His rationibus firmiter stantibus, non obstat ratio in contrarium adducta.

Non obstat primo dum dicebatur filiam renunciantem nō posse patri ab intestato succedere, quia illa procedit quando adsunt ex parte alij descendētes,sed si non adsunt, tunc secus est, ut supra in secundo fundamento secundæ opinionis latissime demonstratū fuit, sed in casu nostro ex patre Ioanne Antonio non remanserunt alij descendentes, ergo dicta filia non obstante renunciatione patri ab intestato succedere potest. Nec est uetum, quod filia semel exclusa, semper remaneat exclusa, quando non adest causa, seu eadem ratio exclusionis,etiam si recipiat pater renunciationem pro se,& hæredibus, & filia renunciet iuri de præsenti,& de futuro,vt est in casu nostro, in quo mortuo patre sine descendentibus non remanet eadem ratio, cum renunciatio fuerit facta ad commodum Ioānis Antonij patris dictæ Antoniæ,& suorum hæredum,qui dicūtur descendentibus, vnde cum defecerit causa renunciationis, ex quo pater decessit, & non remanserunt descendentes, deficit etiam ipsa renunciario, & per consequens dictæ Antoniæ non nocet. Nec obstat auctoritas Guidonis Papæ, & Iacobi Menochij, quia uel non sunt ueiæ, uel procedunt quando constat renunciationem factā fuisse ad commodum patruorum, saltim præsumptiue,& non constat de contraria mente, prout constat in casu nostro, ut latissime supra demonstratum fuit.

Præterea non procedunt prædicta, quando facta est renunciatio ab ea,& ex ea causa, quia ingredi religionem nolebat, uel facta est dolose,ui, metu, & patris reuerentia, nam tunc renunciatio non tenet, ut latissime supra dictum fuit sed in casu nostro renunciatio facta fuit per istam Antoniam ex causa,quia ingredi religionem uolebat,fuit facta per uim, metum,& patris reuerentiam,ac dolose,ergo dicta renunciatio,non tenet, & per consequens rescindi potest.

Ex prædictis constat istam magnificam Antoniam,si vult exire de religione, et ad seculū redire, quod non obstante renunciatione patri ab intestato defuncto succedere potest, et si nō vult exire, quod similiter monasterium ad successionē istam admitti debet, pro qua conclusione ultra supradictos uideas Loffredum in c. 1. de natura successionis feudi. fol. 49. dum loquitur de causa Portiæ Ferramoschæ,et ita iuris esse censeo,et consulo. Viso antedicto consilio partes,venerunt ad concordiam, et dicta magnifica Antonia habuit intentum.

Ego Alexander Trentacinque.V. I. D.
SVM.

SUMMARIUM.

1 Obstetrici asserenti cum iuramento filiam natam esse in octauo mense est credendum, declara num. 2. sub declara num. 3. & 4.
5 Confessioni matris, quae dixit filiam natam in octauo mense creditur.
6 Suspecta de odio non probat.
7 Mulier inhonesta, & meretrix non probat.
8 Consanguinea non dicitur integra testis.
9 Numerus supplet defectum testium, declara nu 10. 11.
12 Metus ex coniecturis, & praesumptionibus probatur.
13 Dictum periti in arte semper praefertur.
14 Testes singulares non probant, declara nu. 15.
16 Nata in oct. mēse matri an ab intestato succedere possit
17 Natus in 5. vel 6. mense non rumpit testamentum, nec succedere potest.
18 Institutio facta si partus mortuus nascatur extenditur ad casum si viuus oriatur sed incontinenti moriatur.
19 Trebellianica non detrahitur si testator iussit totam haereditatem restitui.
20 Trebellianicae detractio per testatorem in filiis primi gradus prohiberi non potest, sed contra num. 21. uel declara num. 22.
23 Haeredes quando totam haereditatem restituere grauantur, non est legitima detrahenda.

Consilium XIV.

Viso processu facto inter Vincentium Iezzaz ex una parte. & inter Mercurium, & Marcum Antonium filios, & haeredes quondam Casilij Ciuffetelle ex altera parte, consideratoque testamento condito per quandam magnificam Alexandram, ex eis non nulla oriuntur dubia, circa quorum resolutionē pro ueritate habenda est insistendum.

Et imprimis quęrenda est resolutio, an quōdam Elisabetta nota ex Alexander, & Basilio fuerit nata in octauo mense.

In quo quaesito licet pro parte Mercurij, & Marci Antonii fiat maxima luis in quaerendo probare natam fuisse in nono mense, & sic in tempore, tamen ueritatem prae oculis habendo, concludendum est probari in octauo men se ortam fuisse, & quod hoc optime, & melius probetur ex infra scriptis apparebit.

1 Primo obstetrix in extremis constituta, & ad futuram rei memoriam examinata, cum iuramento deposuit ipsam Elisabettam in octauo mense natam fuisse, vt testes deponūt, cui in hoc est credendum, ex quo obstetricibus ita deponentibus plena fides adhibeatur, Bartolus communiter approbatus in l. Gallus, in princ. colum. fin. ff. de liber. & posth. Socin. in cons. 275. colum. fin. uolum. 2. & latissime Cardinal. Paris. in cons. 56. num. 11. & 12. vol. 2. & probatur in l. 1. §. 1. & §. in despiciēdo, & ibi Bar. ff. de ueutre inspic. in c. fraternitatis, ex. de frig. & maleficiat. & in c. proposuisti, & in c. causam matrimonij, extra de probat.

2 Et si dicatur supradictam cōclusionem procedere quando duo ad minus obstetrices deponerent, ea enim conclusio, quod peritis in arte sit credendum, & consequenter obstetricibus, procedit quando in loco, ubi plures periti reperiuntur, saltim duo deponerent, unius sola depositio non sufficeret, ut probatur in §. quod autem, in uers. neque, authent. de non alienand. & ita tenent Bart. in l. prima, in princ. ff. de uentre inspicien. & in prohaemio digestorum in prin. & in l. fin. circa fin. ff. de Sicar. Bald. in prohae. digestorum, in uersic. sed an credatur. Alex. in l. 1. §. fin. ff. de uerbor. obligat. & in cons. 148. uolum. 2. Dec. in c. proposuisti, extra de probat. & Roman. in consil. 20. & est communis conclusio.

3 Respondetur duobus modis, & primo quod antedicta conclusio est uera quando plures fuerunt adhibiti ad iudicandum de tali actu peritiae, nam tunc per plures probanda est, quia per plures probari potest, sed ubi unus tantum fuit adhibitus, & alterius iudicium haberi non potest, si ille unus sit notae fieri, id est in arte probatus, iudex potest conformare se cum dicto illius, arg. l. 1. in fin. ff. de uerbor. obligat. sic notanter dicit Bald. in consil. 136. proponitur quod Titius, nu. 4. uolum. 2. quē sequitur Alex. in additionibus ad Bart. in d. l. 1. ff. de uentre inspic. Sed in casu nostro in partu dictae Alexandrae una tantum obstetrix iuxta solitum uocata fuit, & alterius iudicium ad praesens haberi non potest, nec tempore, quo ad futuram rei memoriam examinata fuit, haberi poterat, ex quo Alexandra mater, & Elisabetta filia mortuae erant, & ipsa obstetrix erat notae fidei, & arte probata, & maxime experta, ergo dicto illius solae standum est.

4 Secundo respondetur, quod praedicta conclusio non procedit quando cum dicto vnius periti, & in arte experti aliqua praesumptio concurreret, nam tunc unus solus esset sufficiens. Bald. in d. cons. 136. quem sequitur Dec. in dicto cap. proposuisti, sub numero vndecimo, uersicu. & quando aliqua praesumptio, sed in casu nostro cum dicto ipsius obstetricis concurrunt multae praesumptiones, & primo matris, & patris confessio. Secundo quod ita publice dicebatur in domo in quo ipsa Elisabetta nata fuit, tertio mors dictae Elisabettae, quae die sequenti post eius ortum, diem suum Clausit extremum, & mors matris incontinenti post puerperium secuta, ac longeua ipsius matris infirmitas, quae praesumptiones in casu difficilis probationis admittuntur. l. 2. C. quor. appellat. non recip. Angel. in cons. 218. Corn. in cons. 224. vol. 3. & Dec. in consil. 577. ergo dictum ipsius obstetricis est in casu nostro sufficiens.

5 Apparet hoc ēt esse uerum ex confessione matris, quae pluries dixerit ipsam Elisabettam eius filiam ortā fuisse in octauo mēse, cui confessio-

fessioni standum est, per l. cum se. C. de transaction. & ita concludit Grammat. in consilio 154. numero quarto, in ciuilibus, quem sequitur Vrsillus in addition. ad decisiones Afflicti decision. 236. & maxime ita est dicendum, quia etiam in articulo mortis asseruit, & non præsumitur contra propriam conscientiam mentitam fuisse, & præcipue in præiudicium eius uiri, argumento eorum, quæ notantur per Lanfrancum in capit. quoniam contra, in uersicu. confessiones, extra de probation. & tanto magis est sibi credendum, quia pluries asseruit eius filiam in octauo mense ortam fuisse, ex qua reiterata assertione, & confessione enixa eius uoluntas demonstratur. arg l. balista. ff. ad Trebellian. & consequenter, quod ipse sciebat ueritatem, & quod non decepta fuit quando partus fuit in utero conceptus.

Et si dicatur huic mulieris confessioni non esse standum ex quo contrarium asseruit, & præcipue in eius testamento, & sic filiam in nono mense oriri.

Respondetur considerando quod pars quærit hanc eius intentionem uerificare per testes, ac etiam per ipsius Alexandræ testamentum, quæ probatio in casu nostro non est sufficiens, nec eneruat probationes contrarias, & quod hoc sit uerum, ita demonstratur.

Testes deponentes assertionem ipsius Alexandræ dicentis debere de mense Aprilis parere, in quo mense edidit partum, sunt Maria Ioannis Dominici, Sebastiana Andreæ, & Piera vxor Ioannis Dominici Ciuffetelli, quæ mulieres in casu nostro non probant.

Maria enim Ioannis dominici est amita Io. bernardini Tosti, qui ex causa ictus archibusij immissi in personam Vincentij Iezzæ, fuit condemnatus, & positus ad triremes, & ideo inimicus capitalis Vincentij, & consequenter ipsa Maria est odiosa, & inimica dicti Vincentij, ut testes deponunt, & propterea non probat, tum quia apparet de odio, & inimicitia. l. tertia, ff. de testibus, tum quia propter dictam causam, quando non constaret de odio non potest dubitari quin de odio non

6 sit suspecta, & suspecta de odio non facit fidem. Innocent. in cap. cum p. extra de accusat. ad fin.

7 Sebastiana Andreæ similiter non probat, tum quia est inhonesta, & meretrix. l. tertia, in princ. & §. lex Iulia. ff. de testibus tum quia est uilis, & pauperrima, malæ uitæ, conditionis, & famæ, & uilis, & pauper malæ uitæ conditionis, & famæ non probat. glos. Abb. & alij in c. si qui, extra de testibus, & latissime Roland. a Valle in consilio sexagesimotertio, numero trigesimoquarto, uolumine secundo, tum quia est domestica reotum conuentorum, & ideo non facit fidem. l. testes. ff. de testib.

Piera similiter non facit fidem, quia est amita teorum conuentorum, & ideo uti consanguinea deponens in fauorem consanguinei non probat. l. patente, C de testibus, &

8 non dicitur integra testis, & ei non creditur, & multum de fide diminuitur. Ias. in l. admonendi, num. 179. & 180. ff. de iureiur. Alexan. consi. 18. uolumine primo, & in consilio 122. uolumine secundo, & Ruyn. in cons. 68. num. 8. uolumine primo.

9 Nec dicatur quod numerus suppleat defectum testium, glos. in l. 3. §. primo, in uerbo, numerus. ff. de testib. Ias. in l. si quis ex argentarijs. §. cogentur. ff. de edend. & Alex. in consil. 149. uolum. 5.

10 Quia hæc conclusio primo non procedit in causa ciuili ardua, prout est ista. Grammat. decision. 11. & in consil. 26. colum. final. Dec. in consi. 133. colum. penult. & Zasius in consil. 3. col. 7. uolum. 2.

11 Secundo non procedit quando omnes sunt inhabiles, prout in casu nostro, nã tunc quod non est, suppleri non potest, et ideo numerus non supplet defectum testium. Alexan. in l. si quis ex argentarijs. §. primo, nor. 2. ff. de eden. Felin. in c. testimonium, de testib. & Marcus Anton. Naita in cons. 522. numero nono, uolumine tertio.

Cum igitur testes examinati ad instantiam Vincentij Iezzæ sint numero plus, digniores, & omni exceptione maiores, nõ est dubium quod præferendi sunt mulieribus examinatis ad instantiam reorum conuentorum, quæ ex causis ante dictis non probant, & eis intra non adhibere fidem, & sic probatio ex dicto matris quod nata fuerit Elisabetta in octauo mẽse remanet firma, & inconcussa.

Assertio Alexandræ matris facta in testamento non obstat, quia ex dicto unius testis, & sacerdotis ipsa per uim, & metum ab eius iure coacta fuit condere testamentum, qui testis semiplenam facit probationem, & ex dicto ipsius maxima elicitur coniectura stante

12 metu reuerentiali, qui metus ex coniecturis, & præsumptionibus probatur. Bart. in l. de pupillo. §. si quis ipsi. ff. de noui oper. nunciat. & ibi Ias. Bertrand. in consilio 336. numero sexto, uolumine primo. & Boerius decision. centesimaprima, unde, uti per uim coacta fuit condere testamentum, ita, & per uim dicta uerba apponere coacta fuit in ipso testamento, argum. l. doli clausula. §. diuersum. ff. de donation.

Immo dato, quod adsit ista duplex Alexandræ confessio, & uaria, uidendum est quæ magis uera sit, & stante dicto obstetricis, cui in hoc creditur, an scilicet filia in tempore sit nata, prout est communis doctrina Bartoli in dicta l. Gallus in princip. circa fin. dicendum est, quod huic confessioni consimilis dicto obstetricis, & pluries uti magis ueræ, reiteratæ, & maxime in mortis articulo

culo, credendum sit, dictum enim unius per alterius dictum coadiuuatur, quæ duo dicta coadiuuantur per confessionem Basilij patris dictæ Elisabettæ mortuæ, qui dixit ipsam filiam in octauo mense natam fuisse, ut probat Fabius Dominici, & licet sit unicus testis, tamen facit semiplenam probationem. Doctores communiter in l. admonendi. ff. de iure iur. & sic facit indicium, & præsumptionem, quæ præsumptio coadiuuatur a multis testibus, qui deponunt, quod ita publice ab omnibus de illa domo dicebatur, quod filia non poterat uiuere, ex quo nata erat in octauo mense, quod vltra testes examinatos ad instantiam Vincentij, deponit Siluester Zaini examinatus ad instantiam reorum conuentorum, quorum testium dicta maximam faciunt præsumptionem iuxta notata per Doctores in d. l. admonendi.

Cum igitur cum dicto obstetricis concurrant su pradictæ præsumptiones, ac etiam longeua matris infirmitas, eiusque mors post puerperium, & mors eius filiæ, post natiuitatem, concludendum est dictam filiam ortam fuisse in octauo mense, semper enim prę fertur dictum periti in arte Roman. in consil. 255. num. 4.

13 Et si dicatur, quod testes de confessione matris uidentur esse singulares, quia de diuersis temporibus deponere uidentur, merito uidetur quod eis credi non debeat, iuxt. l. iu siurandi. C. de testibus, & quod ibi traditur per Baldum, qui inter cætera dicit, quod plures testes singulares etiam in magno numero

14 non probant, quia dictum unius sæpe debilitat fidem alterius, secundum Baldum in l. de quibus, colum. ante pen. uersic. sed numquid testes. ff. de legibus tradit Alexan. in consilio vigesimoprimo, uolumine quarto, & Dec. in consil. 133.

Respondetur quod testes non sunt singulares, vt apparet ex lectura processus, & quatenus aliqui adsint singulares, illis in casu nostro adhibetur fides, & ratio est.

15 Quia intentio actoris est probare tantum matris confessionem in genere, & non locū, & tempus confessionis, confessio enim est actus reiterabilis, & pluries fieri potuit, & ita uere accidit, ut ex testium depositione constat, qui omnes dicunt ipsam pluries fuisse confessam, filiam in octauo mense natam fuisse, ad quam confessionem in genere ita probandam testes singulares admittuntur, pro quo facit doctrina Bald. in rub. de controuers. inuesti. in 1. colum. uers. et ergo duplex, ubi inquit, quod quædam est singularitas testium obstatiua, quando scilicet agitur de probando aliquo actu in specie, & instantaneo, quædam uero est adminiculatiua scilicet quando agitur de probando actu aliquo in genere, qui sit reiterabilis, & hoc secundo casu dictum unius testis, licet sit aliquo respectu singularis, alteri adminiculatur, & cum eo coniungitur ad probandum quando concordant in genere, & sic in eo, de quo agitur, quam Baldi doctrinam communiter Doctores sequuntur. Barbat. in consi. 29. uolumine primo, in cons. 25. & in cons. 70. uolumine secundo, Crot. in tract. de testib. sub num. 325. uers. octaua sit conclusio. Curt. iun. post alios per eum allegatos in d. l. admonendi, sub nu. 60. & 61. & Marian. Socin. iun. in cons. 90. nu. 9. cum seqq. uolumine secundo. Sed in casu nostro agitur de probanda confessione in genere, quæ est reiterabilis, ergo quatenus adsint examinati testes singulares probant.

Cum igitur in præsenti casu tot, & tanta simul concurrant quemlibet prudentissimum uirum, & circumspectum iudicem (ni fallor) inducere debent ad credendum præfatam Elisabettam in octauo mense natam fuisse.

16 Resolutio isto primo dubio, oritur aliud, an ex quo nata erat in octauo mense potuerit matri succedere, & an habeatur pro non nata, & abortiua, & in hoc dubio uidebatur prima facie concludendum potuisse matri succedere, quod habeatur pro nata, & non mortua, & abortiua, quæ opinio auctoritate, & lege probatur.

Auctoritate probatur, nam huius opinionis fuerunt Bald. in consil. 128. uolumine primo, & in cons. 113. uolum. 3. Dec. in cons. 623. Cępol. in cons. 50. in ciuilib. & Boer. decision. 220. et in nato in sexto mense tenent Angel. in l. quod dicitur. ff. de liber. & posth. & Corn. in l. pen. C. de posthum. hęred. instituend. Qui mouentur ex pluribus.

Primo per tex. in l. 2. C. de posth. hæred. instituend. ibi illico decesserit, quasi induat, quod sufficit, quod uiuus nascatur, licet confestim decesserit ut testamentum rumpatur, & sic quod succedere possit, sed hæc filia uiua nata fuit, ergo licet decesserit parum post natiuitatem, dicitur esse successibilis.

Secundo uidetur etiam hoc probari in l. penult. C. de posth. hæred. instit. ubi probatur, quod sufficit quod quis nascatur ad hoc, ut rumpat testamentum, licet statim decedat, dummodo ad nullum declinet mostrum, uel prodigium.

Tertio facit l. quod dicitur. ff. de lib. et posth. vbi ut posthumi natiuitate testamentum rūpatur, solum exigitur, vt integrum animal cū spiritu nascatur, sed ista integra cum spiritu nata fuit, igitur est matri successibilis.

Quarto, et ultimo probatur, nam cum istud matri succedere sit sibi commodum, uidetur quod eo respectu debuerit haberi pro nata ēt dum in utero erat, ut l. qui in utero. ff. de statu homi. et consequenter quod ita habita pro nata matri successerit, et sic etiam post nata, et moriens ius suum in patrem trans-

4 miserit. His tamen in contrarium adductis non obstantibus, in contrarium se

habet ueritas, uidelicet quod nata in octauo mense matri non succedat, sed habetur pro non nata, & pro abortiua, quæ opinio auctoritate, & ratione probatur.

Auctoritate probatur, nam ita tenent Paul. de Castr. & Alexan. in l. uxoris abortu. C. de posth. hæred. instituend. Socin. in l. cum auus. ff. de condition. & demonstration. Castan. in cons. 19. Thobias Nonius præceptor meus in §. posthumi. numero decimoquinto, Instit. de exhæredat. liber. Dec. in l. 4 posthumo, numero quarto, C. de bonor. possess. contra tab. Lancellot. Dec. in l. quod dicitur. ff. de liber. & posthum. Petrus de sancto Iuliano. & Cyn. in dicta l. septimo mense. Cardin. Paris. in consil. 56 uolumine secundo, Marian. Socin. iun. in consil. 35. uolumine secundo, Grammat. in cons. 154. in ciuilibus. Tiraq. in l. si unquam, in uerbo susceperit liberos, num. 141. & 167. C. de reuocandis donation. & Matthæus de Afflict. in decision. 236. ubi ita per factum concilium decisum fuisse affirmat, & ibi in additionibus Vrsillus eandem sublinet opinionem.

Quæ opinio probatur. Natus ad hoc, ut quis succedat est necesse, quod nascatur eo tempore, quod naturaliter uiuere possit, licet ex accidenti aliquo illico decedat, sed si naturaliter uiuere non potest, tunc cum statim decedat non rumpit testamentum, nec succedere potest, & hæreditatem ad patrem non transmittit, quæ conclusio probatur.

Primo ex communi Doctorum conclusione, quæ se habet, quod natus in quinto, uel sexto mense, ex quo naturaliter uiuere non potest, non rumpit, testamentum, nec succe-17dit, & habetur pro non nato, ita tenent Paul. de Castr. in l. uxoris abortu. C. de posth. hæred. instit. Rapha. Alexan. Canellio. & Ias. in dicta l. quod dicitur. Alexan. & Caccialup. in l. penult. ubi Caccialupus ita consuluisse Angelum de Periglis Doctorem Perusinum asserit. C. de posth. hæred. institu. Socin. in l. cum auus. num. 110. ubi hanc esse communem opinionem testatur. ff. de condition & demonstrat. Dec. in l. posthumo. num 4. C. de bonor. possess. contra tab. Io. Di lectus. cautel. 10. titu. 3. Alciat. in l. qui mortui. ff. de uerbor. signification. Fulgos. in consilio 79. & Marian. Socin. iun. in consilio trigesimoquinto, num. 15. uolum. 2.

Secundo uerificatur per dicta l. penult. ubi ad hoc ut quis succedat, & rumpat testamentum est necesse, ut perfecte nascatur, sed natus in octauo mense, ex quo naturaliter uiuere non potest, non dicitur perfecte nasci, & ideo dicitur abortiuus, ut dicit Galenus super tertio aphorismorum capit. decimotertio, cui standum est argumento notatorum per Doctores in l. 1. ff. si cert. petat. ergo qui naturaliter uiuere non potest, non potest succedere, nec testamentum rumpit.

Tertio, & ultimo comprobatur, quia idem uidetur, quod quis non nascatur, uel nascatur, & non superuiuat. l. final. C. de instit. & substitut. & probatur etiam per textum mirabilem in cap. nam, & ego, & ibi glos & Abb. extra, de uerbor. significat. ubi natus non censetur, qui statim natus moritur. & facit, etiam in argumentum l. qui sic. ff. de solut.

Sed natus in octauo mense naturaliter uiuere non potest, ut est opinio apud Illustres Medicos, & Philosophos magis recepta, ut ait Aulus Gellius in cap. 16. lib. 3. quam etiam firmauit Hypocrates, cuius auctoritas a nostris Iurisconsultis allegata, & recepta est tanquam iuridica in hac materia, ut in l. septimo mense. ff. de statu homi. & in l. intestato. §. final. ff. de suis, & legitim. hæred. & eam etiam pro uera firmauerunt nostri Doctores, uidelicet Bald. in l. ea quidem, numero decimoquinto, C. de accusat. Paul. de Castr. in dicta l. uxoris abortu. Alexan. in l. cum quidam. §. suum. ff. de acquirend. hæredit. Alber. de Rosat. in dicta l. septimo mense. Bartol. in dicta l. Gallus, in princ. & alij Doctor. supra citati, qui hanc sustinent opinionem, ergo ista nata in octauo mense, non succedit matri, & habetur pro non nata, & abortiua, & ideo ad patrem hæreditatem non transmittit, & propterea uirtute institutionis tota hæreditas Alexandriæ est ipsius Vincentij lezzæ.

Hac ratione uerissima stante non obstant in contrariam adducta. Nam dicta l. secunda, dicta l. penult. & dicta l. quod dicitur procedunt in his natis, qui naturaliter uiuere possunt, in eis enim licet in continenti mors superueniat, præsumitur ex aliquo accidenti contigisse, & non naturaliter, attento quod secundum naturam ipsi uiuere poterant, ut in pluribus, puta si septimo uel nono mense nascantur, & non procedit in his, qui naturaliter uiuere non potest, puta in natis quinto, sexto, & octauo mense, nam tunc si contingat aliquem uiuum nasci, & statim decedere credendum est, quod decesserit non ex aliquo accidenti, sed naturaliter, & hoc quia naturaliter uiuere non poterat, inspecto eo, quod in talibus frequentius, & quasi semper contingit, uidelicet eum uiuere non posse, & hæc interpretatio est uerissima, tum quia natus non censetur, qui statim natus moritur, dicto capit. nam, & ego, qui textus interpretari debet in eo, qui naturaliter uiuere non potest, ne contrarius sit dictis legibus, tum etiam quia iura in sui præscriptione adaptanda sunt ad ea, quæ facile, & frequenter accidunt, & non ad ea, quæ raro, & miraculose accidunt. l. non ad ea. ff. de legib.

Non obstat dicta l. qui in utero, quia illa procedit, ut qui est, in utero eo tempore pro nato habeatur, ideo postquam natus est, ut sic postea natus perinde suc-

succedat, ac si natus fuisset dum erat in utero, non autem procedit quod tunc dum est in utero simpliciter habeatur pro nato, qui intellectus probatur in l. cum pater. ff. de negoc. gest. ibi enim quando tutor datus posthumo interim administrauit, si nascitur posthumus, usque ab initio tenetur actione tutelæ, quia postquam natus est, habetur perinde ac si natus fuisset ab initio, sed si non nascatur, vel nascatur, sed non uiuus, quo casu habetur pro non nato. l. qui mortui. ff. de uerbor. signification. non habebit locum actio tutelæ, sed negociorum gestorum, quia ex quo iuris consideratione non fuit natus, nunquam dicitur habitus pro nato. Iste intellectus fuit Iacobi de Aret. & Alberici relatus, & approbatus per Marian. Socin. iun. in dicto consilio trigesimoquinto, sed natus in octauo mense non dicitur natus uiuus, sed potius mortuus, cum certum sit eum de proximo moriturum, vt declarat Lancellott. Decius in dicta l. quod dicitur, nam paria sunt non nasci uiuum, uel nasci, & non posse uiuere, quia natus non existit secundum naturalem cursum, & ideo in nato in octauo mense, & mortuo non habet locum dispositio dicta l. qui in utero,

Ex prædictis apparet istam natam in octauo mense non successisse matri, ex quo habetur pro non nata, & abortiua, & ideo uirtute institutionis tota hæreditas deuenire debet ad ipsum Vincentium Iezzæ.

Resolutio isto secundo dubio, oritur aliud. An institutio per ipsam Alexandram facta de Vincentio eius fratre casu quo partus mortuus nascatur, extendatur ad casum, si nascatur, & in continenti moriatur, & quamuis 18 plura pro, & contra adducere possem, tamen omissa disputatione, & conclusiue procedendo, dico istum casum, uidelicet si partus mortuus nascatur, extendi ad casum si nascatur, & deinde incontinenti moriatur, quæ conclusio auctoritate lege, & ratione probatur.

Auctoritate ita tenent Socin. in l. prima, columna decima, sub numero decimoquarto, in uersicu. & per text. in l. final. ff. de vulg. & pupill. substit. Corn. in cons. 276. sub numero decimosexto, uersic. præterea, uolum. 3. Curt. sen. in cons. 51. num. 28 Dec. in cons. 227. num. 11. & in consil. 238. columna secunda, uersicu. & hoc confirmatur. Roman. in consilio 56. & Ioannes Cephalus in consilio 211. numer. 9. uolum. 2.

Lege probatur per text. in l. final. C. de instit. & substitut ubi uidetur casus, quod substitutio facta si posthumus non nascatur, locum habet etiam si nascatur, ut decedat.

Ratione uerificatur. Paria sunt aliquem non nasci, uel nasci, & non super uiuere, quia natus non censetur, qui statim natus moritur, text. & est notabilis in cap. nam, & ego, extra de uerbor. signification. sed filia Alexandra nata statim mortua fuit, ergo perinde est ac si nata non fuisset, sed si nata non fuisset in tota hæreditate Vincentius eius frater successisset, ergo similiter in tota hæreditate succedere debet ad præsens licet nata fuerit, ex quo statim de uita decessit, nam idem est, quod mortuus quis nascatur, & quod non nascatur, mortuus enim natus habetur pro non nato. glos. in l. posthumo. C. de collat. & est tex. in l. qui mortui. ff. de uerbor. significat.

Ex resolutione istius dubii oritur aliud, quæ nam substitutio sit ista, & pro resolutione præsentis difficultatis duo sunt considerandi casus.

Vnus est si uolumus tenere illam opinionem, quod ista filia Alexandræ testatricis orta sit in octauo mense, quæ uerissima est.

Secundus casus est si contrariam opinionem magnificus Iudex sustinere uellet, uidelicet ipsam natam in tempore, & sic in nono mense.

In primo casu concludendum est, uel esse simplicem Institutionem, uel saltim vulgarem substitutionem, pupillaris non est, quia mater pupillariter substituere non potest, Doctores uno ore in l. secunda, ff. de vulg. & pupill. substitut. fideicommissaria neque esse potest, quia illa locum non habet nisi adita fuerit hæreditas, l. imperator. in princ ff. de legat. primo, l. ab ea. C. de fideicommiss. & l. hæc verba. ff. de legat. 1. sed hic non fuit adita hæreditas, nec potuit adiri, ex quo non nata in tempore habetur pro abortiua, & non nata, & ideo non succedit, & propterea est locus vulgari substitutioni, quæ habet locum quando non potest hæreditas adiri. l. 1. ff. de vulgar. & pupill. substitut. siue igitur sit institutio, seu vulgaris substitutio, Trebellianica non detrahitur, ex quo ipsa non detrahitur nisi de fideicommissaria. l. in quartam, & ibi Doctores. ff. ad l. Falcidiam.

In secundo casu dicendum est esse fideicōmissariam substitutionem, nam moriēs in infantili ætate hæreditatem ad patrem transmittit. l. si infanti. C. de iure deliber. & eam ut aditam transmittit. Bartol. Alex. Ias. & cæteri Doctores communiter in dicta l. si infanti, & ideo cum adita præsupponatur hæreditas, est locus fideicommissariæ substitutioni, propter quam in casu nostro non detrahitur Trebellianica: & ratio est quia testator iussit totam eius hæreditatem restituendam esse Vincentio eius fratri, ex quo sequi-19tur, quod quando testator iubet totam eius hæreditatem restituendam tunc per testatorem censetur prohibita detractio Trebellianicæ.

Ita tenent Angel. columna secunda, Imol. Alexan. Aret. Galiaul. Ias. & Claud. in l. centurio. ff. de vulg. & pupill. substit. Bald. in authent. sed cum testator. C. ad l. Falcid. & in l.

precibus. C. de impub. et alijs substit. Alexan. in cons. 5. colum. fin. uolum. 3. et in cons. 201. colum. 2. et seq. uolum. 6. ubi numer. 15. dicit istam communem opinionem, et ab ea non recedendum in iudicando. Cassan. in consil. 67. Corn. in cons. 303. colum. penult. uolum. 1. Parif. in cons. 21. et 54. uolum. 3. Grat. in consil. 134. parte prima, Ruyn. in cons. 25. uolum. 1. et in consil. 57. 62. 84. et 97. vol. 1. in cons. 47. 163. 173. uol. 2. in cons. 80. 145. et 158. uolum. 3. et Guid. Pap. q. 537.

20 Et si dixeris quod detractio Trebellianicæ per testatorem in filiis primi gradus prohiberi non potest. Bald. et Salycet. in l. iubemus. C. ad Trebell. Guid. Pap. decis. 51. Alex. in cons. 5. in fi. uolum. 4. Gozadin. in cons. 48. in fin. Bertrand. in cons. 20. num. 10. & in nouis in cons. 246. in fin. uolum. 3. Rip. in l. filius familias. §. diui num. 30. ff. de leg. 1. Ias. in l. Marcellus, nu. 55. ff. ad Trebell. Dec. in cons. 81. & in consil. 218. Paris. in cons. 43. num. 26. uolum. 3. Marcus Ant. Natta in cons. 145. num. 23. uolum. 1. & in cons. 528. numer. 25. & seq. uolum. 3. Couarruui. in c. Raynutius. § 11. num. 7. de testamen. & secundum Vrsillum in additionibus ad Afflict. decis. 367. num. 10 ita iudicauit sacrum concilium Neapolitanum, ac etiam secundum Cardinalem Albanum in lucubrationibus ad Bartolum in d. §. Diui, num. 6. ita iudicauit collegium Bergomense, & hæc secundum Iacobum Manchellum in consil. 7. sub nu. 6. est opinio magis uera, magis æqua, ** et magis communis, unde cum loquamur de prohibitione Trebellianicæ in filijs primi gradus, sequitur quod cum per testatorem non potuerit prohiberi, quod non impediatur ipsius detractio.

21 Respondetur duobus modis, & primo quod immo per testatorẽ etiam in filijs primi gradus detractio Trebellianicæ prohiberi potest, quam opinionem tenuerunt Cyn. in d. l. iubemus. Ruyn. in cons. 15. num. 25. & in consil. 138. in fin. uolum. 3. Bertrand. in cons. 130. uu. 5. et in cons. 144. colum. 2. uolum. 3. in nouis, & in cons. 156. num. 11. uolum. S. Bellon. cum alijs relatis per eum in cons. 80. numer. 19. et ** seq. ubi asserit hanc esse magis communem opinionem, et Vincentius de Franchis in decis. 11. ubi dicit ita ad præsens iudicatum extitisse per sacrum Regium collatetale Consilium, et sacrum concilium sanctæ Claræ, simul unitis ipsis regijs sacris concilijs, adeo q̃ cum ad præsens fuerit ita decisum, ab ipsa decisione non est recedendum.

Secundo dato, & non cõcesso, quod per testatorem in filiis primi gradus non possit prohiberi Trebellianicæ detractio, respondetur, quod antedicta conclusio procedit quando

22 liberi primi gradus, quibus erat iniunctum onus restituendi per fideicommissum illud, in quo erant instituti, essent prohibiti detrahere Trebellianicam, secus uero est si onus restituendi per fideicommissum iniunctum esset hæredibus instituti filij, nam dictis hæredibus potest per testatorem detractio Trebellianicæ prohiberi, & in hoc casu locum non habet præcitata conclusio, prout notanter cõcludit Alexan. in cons. 68. num. 2. uol. 1. quem refert, & sequitur Ruyn. in cons. 59. sub num. 4. uolum. 2.

Sed in casu nostro onus restituendi per fideicommissum iniunctum est patri dictæ filiæ per testatorem institutæ, ut patet ex lectura testamenti, & quando non appareret in dubio ita præsumitur, nam præsumitur in dubio potius relictum ab hærede pupilli quam ab ipso pupillo. Bart. in l. qui duos. ff. de vulg. & pupill. substit. per illum tex. iuncta gl. fi. cum quo transeunt Doctores communiter, & Raphael alij in l. cohæ edi. §. cum filiæ, eo. tit. Bald. Rapha. Paul. de Castr. in l. eam quam. C. de fideicommis. Rapha. & Paul. de Castr. in l. ex tribus. C. de inofficios. testament. Raph. Aret. & Alex. in l. 1. §. fin. de vulg. & pupill. substit. & * est communis opinio, ergo in casu nostro Trebellianica prohiberi potuit, & ita in similibus terminis concludit Alexan. in dicto consilio 68.

Ex ante dictis apparet quod Trebellianica ex hac fideicommissaria substitutione detrahi non potest.

23 Et quod legitima neque detrahi possit uerificatur hac ratione. Hæredes filij infantis grauari possunt etiam in legitima. l. si fundum per fideicommissum. §. fin. cum l. seq. ff. de leg. 1. & quando rogantur hæredes totam seu integram hæreditatem restituere, tunc eam restituere tenentur sine detractione legitimæ, ita notanter concludit Alex. in l. 1. §. fin. ff. de uulg. & pupill. substit. immo si non esset dictum totam, seu integram hæreditatem, adhuc, quando grauantur hæredes pupilli, ipsi nec Trebellianicam, nec legitimam detrahere possunt. Dyn. Cyn. & Bald. in l. ex tribus. C. de inofficios. testam. Bald. in l. cum uirum. C. de fideicommiss. in 3. columna, & Corn. in cons. 141. uolum. 4. num. 4. Sed in casu nostro hæres dictæ pupillæ grauatus fuit totam hæreditatem restituere, ergo nec legitimam detrahere potest, & potuit grauari, quia honoratus fuit, iuxta l. ab eo. C. de fideicommiss.

Ex antedictis concludendum est, ex quo nata fuit ipsa Elisabetta in octauo mense, & ex quo ipsius hæredes grauati fuerunt totam hæreditatem restituere, quòd sine detractione Trebellianicæ, & legitimæ tota hæreditas Alexandræ restituenda sit Vincentio Iezzæ, & ita iuris esse censeo, & consulo.

Et ita per Dominum Iudicem Ciuitatis Aquilæ post longam discussionem decisum fuit.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Mulieri asserenti se ab aliquo carnaliter cognitam fuisse non creditur.*

2 *Deponens in articulo mortis facit indicium ad torturam. declara num. 3. 4. 5.*

Consilium XV.

1 Dubitatur an credatur mulieri asserenti se ab aliquo carnaliter cognitam fuisse. In quo dubio intrepide concludendum non est, mulieri in hoc credendum non esse, quæ cõclusio ratione, & auctoritate probatur. Ratione probatur.

Primo, quia eius assertio continet turpitudinem suam, dum asserit se carnaliter cognitam fuisse ab ipso Domino Domitio, & ideò ei stari non debet contra se ipsam, & nihil probat, ut habetur in l. 2. C. de condit. ob turpem cauſ. & in cap. non sane 14. quæstione 5. & in capit. inter dilectos. extr. de fide instrumentor.

Secundo, quia si dictæ assertioni crederetur, utique testi in causa propria fides adhiberetur, sed hoc est inconueniens dicere. l. omnibus. C. de testib. l. nullus. ff. eo. tit. & in c. 2. §. nullus. 4. q. 3. ergo inconueniens est dicere huic assertioni credendum esse.

Tertio, quia dictum vnius non potest esse sufficiens probatio. l. iurisiurandi. C. de testib & c. cum a notis. de testib.

Quarto, & vltimo, quia si dictus prætensus coitus est punibilis ista mulier est particeps criminis, & sic facit se criminis sociam, ergo eius testimonium non valet, neque probat. l. quoniam liberi. C. de testibus, & l. final. C. de accusat.

Auctoritate hæc conclusio probatur. Ita enim tenent Alex. in conſ. 157. num. 1. volumine 5. Bertrand. in conſ. 147. uolum. 3. Iaſ. in conſ. 22. accusatur Ioseph. uolumine primo. Cardin. Pariſ. in conſ. 54. nu. 48. vol. 4. Grammat. in conſ. 45. nu. 1. cum seqq. & Boerius deciſ. 319. num. 7.

2 Et si dicatur dictam clara m deposuisse carnaliter cognitam fuisse ab ipso Domno Domitio tempore, quo in articulo mortis existebat, & ideo si non probat, facit saltim sufficiẽs indicium ad torturam, cum simus in casu, in quo aliter ueritas haberi non possit, prout tenet, & probat Hypol. de Marsil. in pract. crim. in §. diligenter. nu. 117.

Respondetur pluribus modis.

3 Primo opinionem Hypoliti communiter reprobatam esse, nam communis est opinio dictum vulnerati existentis in mortis articulo non facere indicium ad torturam, sed solũ ad inquirendum. Roland. a Valle, in consil. 3. nu. 46. vol. 3. & latissime Iulius Clarus in libr. 5. sententiarum. §. final. q. 21. versicul. assertio vulnerati.

4 Secundo quatenus esset uera dicta opinio Hyppoliti, respondetur, quòd procedit primo quando talis offensus est in plenitudine sui intellectus, est homo bonæ conditionis, vitæ, & famæ, & tale delictum non potest per alios probari, prout ipse in num. 131. concludit, sed nos non sumus in isto casu, quia ista mulier non est bonæ vitæ, immo ex eius depositione infamis redditur, ergo etiam ex opinione Marsilij eius dictum nullum indicium inducit. Secundo dicta conclusio procedit, quando deponens in articulo mortis, deinde moritur; secus si conualescat, nam tunc eius dictum habetur loco denunciationis, seu quærelæ, & nullum facit indicium. Iulius Clarus in d. q. 21. uerſ. assertio uulnerati.

Sed in casu nostro ista mulier conualuit; ergo eius dictum habetur loco denunciationis, seu quærelæ, & nullum indicium facit.

5 Tertio, & vltimo procedit in dicto uulnerati asserentis se ab aliquo uulneratum fuisse, at nos loquimur in dicto mulieris asserentis se ab aliquo carnaliter cognitam fuisse, inter quos casus est maxima differentia; nam dicto vulnerati existentis in articulo mortis creditur, quoad indicium, quia non præsumitur esse salutis æternæ immemor, & hac ratione uidetur permitti, quod adsit unum speciale, uidelicet, quod testi in causa propria credatur at secus est in dicto mulieris asserentis se ab aliquo carnaliter cognitam fuisse; nam si sibi in hoc crederetur, plura specialia concurrerent. Primo crederetur sibi in causa propria. Secundo crederetur participi criminis. Tertio fides adhiberetur alleganti suam turpitudinem. Quarto, & vltimo vnico testi non omni exceptione integro, quoad indicium faciẽdum crederetur, sed plura specialia concurrere non possunt. l. 1. C. de dotis promiſſ. Ideò ne tanta specialia concurrant, concludendum est non procedere illationem de dicto uulnerati ad dictum mulieris se ab aliquo carnaliter cognitam fuisse dicentis. Et ita iuris esse censeo, & consulo.

Et ita, cum propter grauamina, quæ dicto Domno Domitio in Curia Episcopali Dioecesis Aquilanæ inferebantur, recursum habuisset ad Illustrissimum Dominum Auditorem Cameræ Apostolicæ, discusso negocio, decisum fuit.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Testes de auditu non probant. amplia nu. 2.*

3 *Deponens in articulo mortis in casu difficilis probationis facit indicium ad torturam. Sed contra numero 5.*

Quod

4 *Quod simus in casu difficilis probationis per fiscum est probandum.*
6 *Inquisitio formari non potest, nisi praecedente diffamatione, & alijs requisitis, ut ibi*
7 *Inquisitio, quando formari possit.*
8 *Testes pauperes in criminalibus, & maxime, quando sunt malae vitae, famae, & conditionis, non probant.*
9 *Testes viles, & omni exceptione non maiores non probant in criminalibus.*
10 *Testes lusores, tabernarij, & blasphematores non probant.*
11 *Laici regulariter contra clericos non probant. Amplia num. 12.*
12 *Mulier de iure canonico in criminalibus testis esse non potest, nec examinata facit indicium nu. 13.*
14 *Meretrix in criminalibus non probat, immo nec facit indicium nu. 15.*
16 *Causa inimicitiae, quando apparet inter testem, & partem semper repellitur.*
17 *Testes inhabiles admittuntur in delicto difficilis probationis. Declara numero 18. 19. 20. & 21. in quibus casibus, nec faciunt indicium ad torturam numero 22.*
23 *Numerus supplet defectum testium. declara numero 24. & 25.*
Rapiens per vim meretricem non punitur poena raptus. Amplia nu. 27. 28.

Consilium XVI.

DVO delicta per Curiam Episcopalem commissa praesupponuntur, per Reuerendum Domnum Domitium, vnum in personam Euquitii, praesupponendo Curiam cum ictu archibusij ipsum vulnerasse, alterũ in personam cuiusdam Isabellae, praesupponẽdo delictum raptus per dictum Domnũ Domitium commissum fuisse ad prӕsens de nõnullis est dubitandum.

Primo, an probetur dictum Euquitium cũ ictu archibusij vulneratum fuisse per ipsum Domnum Domitium.

Secundo, an in praetenso delicto raptus Curia potuerit specialem inquisitionem formare contra ipsum inquisitum.

Tertio, an ipsum delictum raptus probetur.

Quarto, & vltimo, an dato, & non concesso, quod probetur sit punibile.

Circa primum delictum & dubium concludendum est non probari Reuerendum Domnum Domitium cum ictu archibusij vulnerasse Euquitium, quę conclusio probatur, quid ex lectura processus apparet quod omnes testes sunt de auditu à principali, & testes de auditu non probant. l. testium. C. de testibus. ca. tam literis. de testib. & c. inquisitionis. de accusat. & maximè verissima est haec conclusio cum deponant ab Euquitio audiuisse, & sic à principali uulnerato. & vti eius (1) dictum nihil valet, ita non ualet dictum eorum, qui ab eo audiuisse affirmant, nè plus credatur copiae quàm originali, contra auth. si quis in aliquo documento. C. de edend. ita notanter concludit Aymon Crauet. in cons. 6. nume. 67. nec dictus Euquitius probat, seu (2) iudicium ad torturam facit ex eo, quia in articulo mortis constitutus deposuit, quia asser tio vulnerati dicentis se in articulo mortis ab aliquo uulneratum fuisse, non probat, nec facit iudicium ad torturam, & maximè quãdo conualescit, pio ut est in casu nostro, ita concludit Iulius Clarus in lib. 5. sententiarum. §. fi. q. 21. uer. assertio uulnerati.

(3) Et si dicatur supradictam conclusionem non procedere quando sumus in casu difficilis probationis, & quando per alios testes delictum probari non potest, cum tunc assertio uulnerati in mortis articulo constituti indicium faciat ad torturam, ut affirmat Hyppo. de Marsil. in sua pract. criminali. in §. Diligenter, num. 117. cum seqq. unde cum nos simus in delicto noctis tempore commisso, & sic difficilis probationis, uidetur concludendum dictum ipsius uulnerati facere indicium ad torturam.

(4) Respondeo negando, quod nos simus in casu difficilis probationis, fiscus enim debet articulare, & probare, quod ueritas aliter haberi non potest, & quando non articulat, nec probat, tunc non est uerum, quod simus in casu difficilis probationis. Alexan. in cons. 64. colum. fin. volum. 1. Marsil. in cons. 31. nu. 33. in cons. 80. num. 62. Grammat. in cons. 45. nu. 10. & Roland. a Valle in cons. 3. num. 47. volumine tertio.

Sed in casu nostro fiscus non probauit ueritatem alias non posse probari, & esse in casu difficilis probationis, ergo dictum Marsilij non militat in casu nostro, & praecipue, quia, ut ex lectura processus apparet, non esse uerum, quod simus in casu difficilis probationis.

(5) Praeterea conclusio Marsilij non est uera, ut eleganter ex pluribus eam reprobat Rol. a Valle in cons. 37. per totum. uol. 3. & in consil. 3 nu. 46. eo. uol. 3.

(6) In secundo praetenso delicto omissis oppositionibus, & quae hincinde dici possent, concludendum est in casu nostro inquisitionem formari non posse. Inquisitio enim formari non potest nisi praecedente diffamatione. & formata ea non praecedente non tenet. c. qualiter & quando. extr. de accusat. Marsil. in practica sua criminali in §. 2. num. 87. & in cons. 35. num. 5. Dec. in cons. 175. colum. 2. vbi dicit, quod praecedere debeat à fidei dignis non tantum semel, sed pluries, ita quòd generaret scandalum. Socin. iun. in cons. 37. in princ. uol. 2. Ruyn. in consil. 147. in princ. uol. 5. & Riminald. in cons. 58. in princ. quae infamatio in occulto notificari non debet iudici. ca. inquisit-

quisitionis de accusat. & est adeo uera hæc conclusio, quod licet testes producti super inquisitione probent crimē de quo infamatus non erat inquisitus, tamen tales testes illi non præiudicant. Speculat. in tit. de inquisitione. §. nunc uidendum, quem sequitur ibi Bald. in addit. in vlt. vers. Marsil. in cons. 35. numero 6. cons. 48. num. 10. cons. 53. nu. 5. cons. 117. nu. 6. & in cons. 130. num. 6. Grammat. in consilio 38. num. 22. & cons. 42. num. 18. Socinus iun. cons. 37. in princ. uolum. 2. & in consil. 117. in princ. volum. 3. nec sufficit, quod in inquisitione dicatur fama publica præcedente, quia talia uerba non probant famam, nec ad illius essent iam sufficiunt, nisi fama ipsa aliter probetur. Fulgos. in cons. 107. colum. 2. Dec. in cons. 189. colum. fin. in cons. 170. colum. 2. & in cōs. 256. columna penultima, in fin. & Marsil. in practica sua crimin. in §. constante. num. 16. in cons. 57. num. 15. 104. num. 13. & in consil. 122. num. 20.

Nec est vera opinio Angeli dicentis non requiri diffamationem vbi iudex ex officio procedit, ut uoluit in l. si uacantia. C. de bon. uacant. lib. 10. quia communiter eius opinio reprobatur, ut dicunt Gaudin. in suo tractatu in tit. quomodo cognosc. de malefic. per inquisit. Alciat. in c. 1. de offic. ordin. Hyppol. Riminald. inter consilia diuers. in cons. 105. num. 27. Boss. in suo tract. crimin. in tit. de inquisitione nu. 21. Riminald. in cons. 59. nu. 3. & Marsil. in §. constante nu. 22.

Cum igitur in casu nostro non constet de diffamatione, quæ præcedere debet inquisitionem iuxta conclusionem, quam totus mū dus sequitur, ut inquit Cathus in cons. 99. nu. 2. cum seqq. sequitur necessario inquisitionē ipsam nulliter contra dictum Reuerendum Domitium firmatam fuisse.

7 Ex alia etiam ratione dicta inquisitio formari non potuit, nam adhoc, ut inquisitio contra aliquem formari possit, necesse est, quod iudex primo interroget partem offensam, an uelit accusare delinquentem, nec ne, qui offensus si erit in mora, uel dixerit se nolle accusare, tunc iudex potest procedere ad inquisitionem aliter non, ita uoluit glos. multum notabilis in c. presbiter si a plebe. in glo. pen. 2. q. 4. quam glosam sequitur Bald. in l. Senatus. C. qui accusa. non poss. Hyppol. de Marsil. in cons. 35. num. 7. in cons. 40. num. 9. & in cons. 48. num. 13. & 52. Barthol. Cœpoll. in cautela sua 27. incip. tu scis. Alex. in l. 2. in §. si publico. in 2. apostill. de adulter. Angel. in auth. de tempo. non solu. pecu. in princ. & in d. l. si uacantia. in 3. colum. & Speculat. in tit. de inquisitione. §. nunc tractemus. in 8. colu. vers. porro si proceditur.

Sed in casu nostro per iudicem inquirentem hoc obseruatum non fuit, ergo dicta inquisitio sic nulliter formata nullius est momenti, & testes examinati dicto Domno Domitio non præiudicant.

Hæc sufficerent ad absoluendum ipsum Domnum Domitium, tamen adhoc, vt veritas magis elucescat, videamus, an huiusmodi delictum raptus probetur. Testes examinati sunt Ioānes Paulus magistri Ascanij, & Magdalena eius vxor, & Rosatus Valerii, isti testes ex pluribus non probant.

8 Primo isti sunt pauperes, & ideo non probant. l. 3. ff. de testibus, testes enim pauperes in criminalibus non sunt idonei testes. Io. Andr. Anton. de Butr. & Ioann. de Imol. in capit. si qui. de testib. & Alexand. in cons. 15. volum. 3. quæ conclusio probatur etiam in cap. imprimis. 2. q. 1. & c. si testes. §. testium fides. 4. q. 3. & est verissima, quando pauper est malæ conditionis, vitæ, & famæ, & ideo suspectus, vt est in casu nostro. glo. Abb. & alii in d. cap. si qui. Hyppol. de Marsil. in cons. 28. num. 20. & in cons. 65. num. 30. Socin. in cons. 17. numer. 13. volum. 1. Roland. a Valle in cons. 7. num. 21. & in cons. 73. num. 28. uolum. 1. Ruin. in cons. 147. sub num. 3. & in cons. 150. num. 12. volumine quinto. Rolandus a Valle, in consil. 63. numer. 34. uolum. 2. vbi ex mente Ioannis de Amico attestatur hanc esse communem opinionem, & optime Aym. Crauett. in consilio 260. colum. 4. uers. paupertas, vbi dicit, quòd in causa criminali testes pauperes malæ conditionis, & famæ sine torturis non admittuntur, quam opinionem ante eum secuti sunt Iacob. Butrig. in l. 3. in princ. ff. de testibus, & Alex. in cons. 131. in fine, & in cons. 237. col. 1. circa medium lib. 6. & quod pauper malæ vitæ non sit idoneus testis concludit Iulius Clarus in libro 5. sententiarum §. fin. q. 24. uersic. quarto etiam.

9 Secundo antedicti testes sunt uiles, & uiles repelluntur ex quo non sunt omni exceptione maiores, prout requiritur in causa criminali, ut probatur in l. ob carmen. §. 1. ff. de testib. §. si uero ignoti. auth. de hæred. & Falcid. Bart. in l. ex libero. ff. de quæstion. & Dec. in cons. 133. colum. 3. ad fin. quæ conclusio est uera, quando cum uilitate concurrit mala uita, & fama, ut est in casu nostro; nam tunc uiles omnino a testimonio repelluntur. Bald. in c. si qui testium. de testib. Alex. in cons. 131. in cons. 237. & in cons. 176. uolum. 6. & in cōs. 101. uolum. 5. Amon Crauet. alios allegans in cons. 260. colum. 4. uers. & primo ad testimonium, & Grammat. in cons. 26. nu. 29. vbi dicit uiles testes in criminalibus sine tortura non probare.

Cum igitur dicti testes sint pauperes, & uiles non est dubium, quòd ob uilitatem, & paupertatem simul a testimonio ferendo repellantur, ut dicit Iacobus Menochius in tract. de arbitrar. iudic. lib. 2. centur. 1. casu 96. num. 6. & maximè cum sint malæ conditionis, & famæ, ut tradit Aymon Crauett. in cōs. 249. numero 11. & 12. & Grammat. in consil. 11. num. 12.

10 Tertio non probant, quia dicti Ioa. Paulus ma-

magiſtri Aſcanii, & Roſatus ſunt tabernarii luſores, & blaſphematores, luſores enim, & blaſphematores in cauſa criminali repelluntur, & non admittuntur, & nullam fidem faciunt. Alex. in conſ. 152. colum. 4. uiſo proceſſu uolumine quinto, Decius, in conſilio 143. alias 163. in cauſa matrimoniali 9. columna, Lanfran. de Orian. in capit. quoniam contra extra de probat. & Grammat. in conſilio 12. numero 29.

11 Quarto non probant, quia cum dicti Ioannes Paulus, & Roſatus ſint laici, & deponant contra clericum, & ſacerdotem, non faciunt fidem, ex quo laici, & ſeculares regulariter contra clericos in cauſis criminalibus non admittuntur. cap. de cætero, & ibi notatur extra de teſtibus, quod etiam habet locum, ut etiã contra clericum primæ tonſuræ teſtificari nõ

12 poſſunt Secundum Doctores in c. ſicut ſacerdotes 11. q. 7. & probatur in d. c. de cætero, in uerbo clericum iuncto c. cleros, & ibi gloſ. in uerbo ſalmiſta 21. diſtinct. & idem ibi in d. c. de cætero, refert, & ſequitur Felin. Et cum dicta Magdalena ſit mulier, & depoſuerit corã iudice eccleſiaſtico nullam facit probationẽ,

13 cum mulier in cauſa criminali de iure canonico teſtis eſſe non poſſit. text. eſt in can. mulierem 23. q. 5. & in c. forus. & ibi etiam gloſ. extra de uerbor. ſignificat. Hoſtienſ. in ſumma de teſtib. §. ſi quis teſtis eſſe poteſt, & notant gl. & Doctores in c. quoniam aliqua. de teſtib. Alex. in conſ. 19 uolum. 1. in conſ. 11. & in conſ. 99. uolum. 1. in conſ. 24. & in conſilio 175. uolum. 2. nec examinata facit indicium, quia ex quo lex reſiſtit, quia dicit, quòd non poteſt teſtificari, uel non ſit admittenda, non facit indicium, cum uera ſit concluſio, quòd, quando lex reſiſtit prohibendo teſtem non debere teſtificari, tunc ſi teſtis fuerit examinatus non facit indicium. Flor. in l. 3. §. lex Iulia. ff. de teſtib. & rectè intuenti ſenſit Bart. in l fin. de his quib. ut indign. refert, & ſequitur Felin. in c. cum dilect. in penultima columna, extr. de accuſat. unde cum ius canonicum reſiſtat teſtimonio laicorum contra clericos, ac etiam teſtimonio mulierum, concludendum eſt, quòd non ſolum non probant, ſed nec faciunt indicium.

14 Quinto non probant, quia Ioannes Paulus, & Roſatus ſunt infames, ex quo ſunt lenones propriarum mulierum, & Magdalena eſt publica meretrix, modo ſic; meretrix in criminalibus non poteſt eſſe teſtis, & non probat. l. 3 §. lege Iulia. & ibi gl. in uerbo palam. ff. de teſtib. Iaſ. in l. cunctos populos. nu. 54. C. de ſumm. trin. & fid. cathol. Alexand. in conſ. 11. uolom. 1. Iul. Clar. in lib. 5. ſententiarum § fin. q. 24. uerſ. item meretrix, & non ſo

15 lum non probat, ſed neque facit indicium ad torturam. Hyppol. de Marſil. in conſ. 101. num. 14. cum ſeqq. item lenones ex quo ſunt uiles, & infames ipſo iure gl. in l. athletas. §. ait prætor. in uerbo ait prætor. ff. de iis, qui notan. infam. ac etiam infames de iure, & de facto. Bened. in repet. c. Raynutius. fol. 126. colum. de teſtamen. non probant, cum infames infamia iuris prorſus repellantur a teſtificando in cauſa criminali, ac etiam infames infamia facti, prout eſt communis opinio, quam refert, & ſequitur Iulius Clarus in d. q. 24. verſ. item infamis.

Sexto reijciuntur iſti teſtes, quia omnes sũt principales, cum deponant hoſtium domus pactum fuiſſe, & violentiam commiſſam fuiſſe in eorum præſentia, & domo, & ſic ex prædictis ipſis maxima iniuria facta fuit ratione cuius prætenſæ iniuriæ dicuntur in facto proprio deponere, quod non permittitur. l. nullus idoneus. ff. de teſtib. immo cum ex iſto inſultu, & uiolentia ipſis commiſſo, & commiſſa, ut ipſi dicunt, ipſis atrox, & grauiſſima iniuria illata fuerit. §. atrox. Inſtit. de iniur. & l. præter ait. §. ſi & l. lege Cornelia. ff. de iniur. quæ atrox iniuria dicitur grauiſſimam inimicitiam parare. Bar. in l. 3 § fin. ff. de adimen. legat. ideo ipſi in hac cauſa criminali contra Domnum Domitium repelluntur a teſtimonio ferendo, & eorum dicta nullam faciũt fidem, prout conſulendo tradit Alex. in conſil. 99. uolumine 1.

Præterea propter inſultum in eorum domo factum, & uiolentiam commiſſam in eorum præſentia, ut ipſi præſupponunt, non eſt dubium, quòd vltra, quòd ſint inimici Domno Domitio, ſunt etiam ſuſpecti de odio, ut eſt notorium, ergo eorum dicta contra Domnum Domitium non faciunt fidem, cum ſatis ſit, ut, quis ſuſpectus ſit de odio, ut repellatur a teſtimonio in cauſa criminali. Innocent. in cap. cum P. extra de accuſat. ad fin. & facit tex. in c. inquiſiti. eo. tit. de accuſat.

Immo cum ſubſit cauſa inimicitiæ inter dictos teſtes, & Dominum Domitium, cum ipſi deponant ipſum Domnum Domitium eiecifſe hoſtium domus, in ipſam armata manu cum ſociis introiſſe, & demum in eorum præſentia, & contra eorum uoluntatem in quãdam mulierem violentiam commiſiſſe,

16 ſequitur, quòd non probant, quia, quando ſubeſt cauſa inimicitiæ inter teſtes, & partem contra quam deponunt, ſemper repelluntur teſtes, licet aliter non appareat de inimicitia, etiamſi ipſi teſtes fateretur nullam habere inimicitiam, cum idem iudicandum ſit de inimico uero, quod de præſumpto, & maximè in recipiendo, et in adhibendo teſtibus fidem, Innoc. in cap. cum te ad fin. de re iudic. Marſil. in ſingulat. 178. & in l. 1. §. præterea. num. 3. ff. de quæſtion Bal. in l. præſcriptione. C. ſi contra ius, uel publ. vtil. Iaſ. in l. ſororem. C. de his, quib. ut indign. & in conſ. 167. volumine quarto, & Grammatic. in conſilio 45. num. 16. & 18.

Septimo Ioannes Paulus magiſtri Aſcanij, & Magdalena eius uxor non probant, quia prout mihi præſupponitur ſunt inimici ex

cauſis

causis in processu adductis, & inimici non probant. c. per tuas. ext. de Simonia. c. cum P. & c. cum oporteat. & c. repellantur. extr. de ac cusat. & habetur in c. testes. 4. q. 3. & in l. liberti. C. de inoffic. testam. & in auth. si vero dicatur. C. de testib. & in l. testium. vbi Bart. & Doctores. ff. de testib.

Octauo, & vltimo, dictus Rosatus nō probat, cum eius depositio contraria sit depositioni eius mulieris, ut apparet ex lectura ipsarum depositionum, & ideo uti uarius nihil probat. l. qui falso. ff. de testib.

Ex prædictis apparet istos testes nihil probare.

Et si dicatur, quòd nos sumus in delicto 17 difficilis probationis, cum simus in delicto noctis tempore commisso, & ideò ad probādum hoc delictum testes inhabiles admittuntur, ut sunt pauperes, & uiles, lenones, meretrices, laici contra clericos, & infames. Salyc. in l. ea quidem. C. de accusat. quem refert, & sequitur Angelus de Aret. in tractat. de malefic. uersic. meritore. de mal dadi. in prima columna.

Respondetur pluribus modis.

Primo dicta conclusio procedit, quando ex natura illius actus, uel facti alii testes habitu, & actu uerisimiliter non potuerunt interesse, 18 secus si alii potuissent adesse, licet casualiter non interuenerint, na m tūc testes minus idonei non admittuntur, etiam si ueritas aliter haberi non possit. Alex. in cons. 64. uolum. 1. Dec. in cons. 310. colum 2. Ruyn. consil. 150. num. 18. uolum. 5. ubi loquitur, quando tractatur de probando actum, qui fit clam, & de nocte. Gramm. in cons. 4 num. 11. & in cons. 58. ubi loquitur de inquisito, qui de nocte ingressus fuerat domum cuiusdam nobilis matronæ, & Rolandus a Valle in consilio 3. numero 40. in uersic. secundo principaliter. uolumine 3.

Sed in casu nostro extitit probatum, quod eo tempore actu, & habitu poterant adesse alii testes, ergo isti inhabiles non admittuntur.

19 Secundo dicta conclusio procedit, quando ante omnia articulatum, & probatum esset, quod ueritas aliter haberi non poterat, alias testes inhabiles admitti non possunt. Alex. in d. cons. 64. Marss. in cons. 31. num. 33. & consil. 80. num. 62. Rolandus a Valle in d. cons. 3. nu. 47. & Gramm. in cons. 45. num. 9. & 10. & in cons. 58. num. 4.

Sed in casu nostro hoc per fiscum, nec articulatum, nec probatum extitit, ergo testes inhabiles non admittuntur.

Tertio dicta conclusio procedit, quando sunt inhabilitates ex defectu personæ, seu infamiæ, seu criminis, aut ætatis, aut sexus, & similium.

20 Sed non procedit, quando testes sunt inhabiles, quia sunt partes principales, & iniuriati, aut inimici, nam tunc inhabiles non admittuntur. Grammat. in dicto consilio 45. numero 19.

Sed in casu nostro testes examinati sunt inimici, & iniuriati, ut supra demonstratum fuit ergo non admittuntur.

21 Quarto, & vltimo, aliis omissis, respondetur, quod dicta conclusio non procedit, quando in testibus sunt plures defectus, & exceptiones, & sic ex pluribus causis sunt inhabiles nam tunc etiam vbi aliter ueritas haberi non potest testes inhabiles non admittuntur. Hyppol. de Marsil. in cons. 102. nu. 12. & latissime Roland. a Valle in d. cons. 3. nu. 48.

Sed in casu nostro testes sunt inhabiles ex pluribus causis, nam sunt pauperes, uiles, malæ conditionis, & famæ, lenones, meretrices, iniuriati, inimici, & deponentes contra sacerdotem, ac etiam infames infamia iuris, & facti, ergo in casu nostro non admittuntur.

Et non solum non probant, ex prædictis, 22 quoad condemnationem, sed nec faciunt indicium ad torturam, & ratio est, quia testes inhabiles sine tortura non faciunt indicium ad torturam. Grammat. in consil. 72. num. 10. & probat tex in l. ob carmē. §. si ea rei. ff. de testibus, & maxime per se soli sine præsumptionibus. gl. in l. eiam matris. ff. de probat. Alex. in cons. 64. volum. 1. & Boss. in sua pract. criminal. in tit. de indic. & considerat. ante tortu. numero 150. quæ conclusio procedit etiam, quando testes in subsidium admittuntur, vbi aliter ueritas haberi non potest, ut doctissime concludit plures Doctores allegando Rolan. a Valle in d. cons. 3. num. 51. & in cons. 98. nu. 52. & 53. uolum. 4.

Sed in casu nostro testes sine tortura admissi fuerunt, ergo non faciunt ad torturam indicium, quæ conclusio in casu nostro est indubitata, tum, quia omnes testes sunt inimici dicti Reuerēdi Domni Dominici, & ideo contra eum nullum faciunt indicium. Marsil. in l. 1. §. præterea. colum. fin. ff. de quæstion. Dec. in cons. 133. & Roland. a Valle in consil. 24. num. 27. volum. 1. tum etiam, quia sunt laici deponentes contra sacerdotem, quo casu non faciunt indicium ad torturam, ut supra dixi, tum etiam, quia sunt lenones, & meretrices. Marsil. in consilio 101. nu. 74. cum seqq.

Nec obstat si dicatur, quod licet quilibet 23 ipsorum non probet, tamen omnes simul probare dicuntur, cum numerus suppleat defectum testium, vt vult gl. in l. 3 §. 1. in uerbo numerus. ff. de testib.

Respondetur dupliciter.

24 Primo, quod illa propositio, quod numerus suppleat defectum testium non procedit in causa criminali. Hyppol. de Marsil. in sua pract. crimin. in §. expedita. num. 82. Decius in cons. 133. num 6 Ruyn. in cons. 149. nu. 37. volum. 5. Gramm. in cons. 26. num. 51. & 52. in cons. 43. num. 30. & in decis. 11. Bald. in c. ad nostram. in princ. de probat. Ias. in auth. si vero. colum. 2. C. de iudic. in l. si quis ex argentariis.

riis. §. cogentur, columna penultima. ff. de edend. & in l. in prima lectura. colum. fi. C. de summa trin. & fide cathol. & Hyppol. de Marsil. in cons. 109. & in sing. 477.

25 Secundo respondeo, quod non procedit, quando omnes testes sunt inhabiles, nam tūc numerus nō supplet defectum testium, Marcus Antonius Natta in cons. 522. num. 9. volumine 3.

Sed in casu nostro omnes testes sunt inhabiles, ut demonstratum fuit, ergo non est verum, quòd in casu nostro numerus suppleat defectum testium.

Ex antedictis apertissimè constat, quod testes inhabiles non admittuntur, quòd numerus non supplet defectum testium, & quòd isti testes inimici, iniuriati, pauperes, uiles, malæ conditionis, & famæ, infames infamia iuris, & facti, lenones, meretrices, tabernarii, lusores, blasphematores, & deponentes coram iudice ecclesiastico, & contra sacerdotem, nullo modo probant, & non solum non probant, sed nec faciunt indicium ad torturam, & ideo cum delictum non probetur, nec probari potest, cum ipse Domnus Domitius sit innocentissimus, concludendum est debere absolui, & liberari, & in futurum pro prædicta causa non esse molestandum perpetuum silentium imponendo.

Licet opus nō esset disputare, an delictum raptus meretricis sit punibile, cum in casu nostro huiusmodi delictum non probetur, tamen ad maiorem cautelam contentus sum breuiter hoc etiam dubium declarare.

26 Quòd pœna raptus puniri non possit per vim rapiens mulierem meretricem tenent Bart. in l. uerum est. la 1. ff. de furt. Gulielm. de Cun. Bald. & Paul. de Cast. in l. raptores. C. de episc. & cleric.

27 Quòd rapiens per uim meretricem nullo pacto possit puniri tenent glo. in l. 1. in uerbo, virginum honestarum. C. de rapt. uirg. Boer. decis. 317. num. 8. Paul. de Castr. in cons. 272. incip. quæritur viso dicto statuto. parte 2. in nouis. Alciat. in responso 469. num. 2. seu responso 21. tomo 2. lib. 7. Ioannes Cœphalus in cons. 140. num. 23. volum. 1. Matthæus de Afflict. super constitutionibus Regni in constitut. omnes nostri num. 3. sub rubr. de violentia meretricibus illata, & hæc est communis opinio secundum Anton. Gomes. super l. 80. tauri. num. 45.

28 Quæ conclusio est uerissima in dubio, quādo nō apparet, an ante raptum uir, & mulier meretrix essent concordes, & ratio est, quia publica meretrix, & quæ ab aliis fuit cognita, non præsumitur per uim rapta, & cognita, ut concludunt Paul. de Castr. in cons. 103. incip. uiso dicto statuto. Alciat. in tracta. de præsumption. reg. 2 præsumpt. 9. num. 2. Marsil. in singul. 74. & in l. maritus. num. 56. ff. de quæstio. & Grammat. decis. vlt. num. 5. nec testes possunt deponere per uim raptam, & cognitam fuisse, quando non apparet, quod rapta, & raptor essent discordes, nam in dubio stante inhonestate præsumitur concordia, & ideo præsumitur non per uim rapta, sed ea uolente Ioannes Cœphalus in dicto consilio 140. numero 27.

Sed in casu nostro non apparet (quatenus delictum esset uerum, quod est falsum) de discordia inter raptam, & raptor, ergo præsumitur intercessisse dictæ meretricis consensus, quod apparet, quia ipsa non quærelauit, non uociferauit, nihil dixit, non cōquesta est, & ideo unum de duobus est dicendum, uel, quod non sit delictum uerum, uel, quod ea uolente cognita fuerit.

Et hinc est, quòd Rex Regni Neapolitani in dicta constitutione, omnes nostri, statuit, quod si meretrix infra octo dies de uiolentia truculentos clamores non emiserit, præsumitur uiolentiam commissam non fuisse, & in hoc casu non habet locum doctrina Baldi in l. pen. ff. de rer. diuis. recitata pee Iacob. Menoch. in tract. de arbitr. iudic. lib. 2. centur. 3. casu 281. ubi Baldus concludit puniendum esse hunc raptorem arbitrio iudicis; nam uti dixi in casu nostro non habet locum hæc opinio, quamuis contra Baldi opinionem sit cōmunis opinio teste Gomesio super l. 80. tauri num. 45. & non est uera opinio, ut concludit Paulus Grillandus in tract. de pœnis omnifariam coitus. in cap. incip. decimo nunc est uidendum. num. 25.

Ex prædictis apparet etiam ipsum Domnum Domitium absoluendum, & liberandum fore, & ita iuris esse censeo, & consulo, & cum per uiam grauaminis hæc causa in rio ducta fuisset coram Illustrissimo Domino Auditore Cameræ Apostolicæ, facta discussione, sic prout supra consului decisum fuit.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Fideiussor non facta excussione contra principalem cōueniri non potest. declara nu. 2. quæ declaratio reijcitur num. 3. Declara iterum num. 4. Sed in num. 5. quomodo procedat resoluitur. Declara num. 5. Sed dictam declarationem intelligas, vt in num. 6. 7. & 8. Declara iterum nu. 12.*

9 *Quando sunt plures rei debendi insolidum obligati, & ad vnum tantum peruenit pecunia, alij, ad quos pecunia non peruenit implorare possunt, vt eorum sumptibus actio dirigatur contra eum, ad quem pecunia peruenit. Declara nu. 10. quæ declaratio quomodo intelligatur videas nu. 11*

13 *Exceptio excussionis opponi non potest post sententiam declara nu. 14. 15. & 16.*

17 *Creditor cogitur fideiussori soluenti actiones cedere. amplia nu. 18.*

19 *Hypothecaria agi non potest contra tertium possessorem non facta excussione contra bona principalis. Declara nu. 20. & 21.*

Cessio-

21 *Cessionarius subintrat in locum prioris, creditoris, & ideo dicitur creditor.*
23 *In contractu censuali, an admittatur exceptio doli, seu excussionis.*
24 *Cessio post solutionem facta non valet. declara nu. 25. subdeclara nu. 26. & etiam declara nu. 27.*

Consilium XVII.

IN præsenti difficultate, an ad instantiam Magnifici Ascanij Matarazij vti cessionarij Magnifici Ludouici del Touaglia Florentini pro tertiis decursis exequi possit contra Magnificum Iosephum Cœlestinum, & hoc etiam uirtute instrumenti censualis, & concludendum est, nullo modo exequi posse, quod demonstratur ex pluribus.

1 Primo, si verba instrumenti inspiciuntur ipse Iosephus in dicto cõtractu interuenit uti fideiussor, sed fideiussor non facta excussione contra principalem conueniri nõ potest, si petatur, prout petitum fuit in casu nostro. auth. præsente. C. de fideiussor. §. si quis igitur. & §. non solum, auth. de fideiussor. ergo cum contra principalem non fit facta excussio, ipse Iosephus vti fideiussor conueniri non potest.

Huic fundamento pars conatur dare multas respõsiones, & licet in meis primis allegationibus in eis non fecerim uim aliquam, tamen ad præsens pro abundantiori cautela conabor confutare omnes responsiones pro par tem datas.

2 Dicitur per partem primò dictã auth. præsente non habere locum, quãdo, qui opponit discussionis exceptionem se obligasset cum iuramento, prout est in casu nostro, nam tunc ob virtutem iuramenti non posset dictam exceptionem opponere. Bal Anch. & Abb. in c. ex rescripto. ext. de iure iuran. Ale. in addit. ad Bar. in l. Marcellus. ff. de fideiussor. & in consi. 32. col. 4. uol. 4. Marsil. in rub. de fideiuss. col. 4. uers. alius est etiam casus. Corsett. in tract. de iuram. priuil. 12. Bauer. in tract. de uirtute iuramenti. nu. 23. Gozzad. in cons. 32. col. 2. Quod dictum refert, & commendat Baptista de Sãcto Blasio in tract. de arbitr. q. 70. col. 4. versic. quinta conclusio.

3 Hęc prima responsio non obstat, quia communiter reprobatur, contrariam enim opinionem tenent Bald. sibi contrarius in c. cum cõtingat: in 6. col. de iure iur. ubi expresse dicit, quod exceptio excussionis non censetur sublata iuramento. Ale. sibi cõtrarius. col. 4. & Dec. col. 3. in l. fin. ff. si cert. pet. Benedict. in c. Raynutius. in verb. testamentum. el 3. nu. 29. de testamen. Felyn. in c. ex rescripto. nu. 19. de iure iur. Alciat. in c. cum contingat nu. 174. extr. de iure iur. Ias. in l. decem. nu. 22. ff. de uerb. obligat. Curt. iun. in l. si ego. colum. 2. ff. si cert. petat. Barbat. in consilio 43. columna septima, & seq. uolumine secundo, Grammat. in consi. 170. in ciuil. Decis. Tholos. 139. & hæc est * communis opinio secundum Tiraquellum in l. si unquam. num. 152. C. de reuoc. donat.

Quæ conclusio hac ratione probatur, fideiussor tenetur sub conditione d. l. decem, sed ante purificationem iuramentum non potest operari cõditionis purificationem, ut est tex. in c. quemadmodum. de iure iur. tradit Bal. in rubr. C. de rer. permutat. ergo iuramentum non potest facere, quòd non impleta conditione, & sic non facta excussione primi, quod seruandus conueniri possit: quæ conclusio probatur etiam ex illa sententia, quæ habet, quòd iuramentum non auget, nec ampliat principalem dispositionem, sed solum dat illi robur, secundum Oldrad. in cons. 238. cum mulier. cum aliis allegatis per Alex. in consi. 2. uisis. col. pen. in 2. uolumine. & Dec. in consil. 180. in fin.

4 Secundo per partem dicitur dictam auth. non habere locum, quãdo notorium est principalem non esse soluendo, quia tunc non requiritur alia excussio. gl. in l. decem. ff. de uerbor. oblig. & ibi Bar. Paul. de Castr. Imol. Ias. & alii communiter. gl. Bar. Paul. de Castr. Bal. Alex. Dec. Ias. in l. fi. ff. si cert. pet. & est communis opinio secundum Corneum in consi. 151. uolum. 4.

Hæc responsio similiter nõ obstat, quia negatur notorium esse principalem nõ esse soluendo, & parti hoc dicenti non creditur. Bal. in l. fi. ff. si cert. pet. Sed creditur nuncijs referẽtib. nihil repertjsse in bonis debitoris, & licet propter relationem nunciorum relatam in actis, quando adest, dicatur constare principalẽ non esse soluendo, tamen requiritur sententiã declaratoria ad hoc, vt notorie constare dicatur non esse soluendo. Rom. in consi. 211. & in consi. 241. Dec. in d. l. fi. ff. si cert. pet. Alex. in l. decem. ff. de uerb. oblig. Purpur. in l. ex conuentione. col. 7. C. de pac. Abb. in c. porrò in 1. not. de diuort. & Felyn. in c. euidentia. de accusat. Sed in casu nostro non interuenit nuncij relatio, non constat ex actis, non interuenerit Iudicis declaratiua, ergo nõ creditur parti asserẽti principalẽ, seu eius heredes non esse soluẽdo.

5 Dicitur insuper per partem d. auth. nõ habere locum, quando, quis se obligauit animo nouandi uti principalẽ, nam tunc non requiritur excussio fieri contra principalẽ. Bal in l. in personam. §. 1. ff. de pact. & in l. antiquæ. §. 1. C. ad Velleian. Alex. in consi. 31 col. pen. vol. 4. & in cõs. 33. eo. vol. Dec. in l. fi. col. 4. & seq. ff. si cer. pet. Rom. in consi. 211. & Parif. in consi. 110. nu. 13. vol. 1. Sed in casu nostro Iosephus principaliter se obligauit, ergo non potest petere excussionis beneficium. Huic tertiæ considerationi tribus modis respondetur.

6 Primò, quòd, quando fideiussor constituit se principalem debitorem, ut est in casu nostro, adhuc pro fideiussore habetur, & beneficium excussionis allegare potest. gloss. in dicta authentica præsente. Speculat. in titulo de renunciatione, & conclusione. §. 1. sub

§.1.sub nu.5. in vers. sed si fideiussor. Abb. in c.2.nu.2.ext. de fideiuss. Bellon. in rub. Inst. de fideiuss. in fin. Guid. Pa. decis. 579. nu. 6. Ale. in l. ubi autem. §. illud nu. 4. ff. de uerb. obligat. & Dec. in cons. 268. nu. 3.

Secundo dato, & non concesso, quòd sit reus principalis, adhuc est vera conclusio in casu nostro, cum tota pecunia peruenerit ad Nuntium Honufrij; nam, quando sunt plures rei debendi, attamen in rei ueritate ad vnum peruenit pecunia tunc alii loco fideiussorum

7 sunt habendi, & fideiussorum beneficio gaudent. Guid. de Cun. in l. sed Iulianus. ff. ad Macedon. Paul. de Castr. in cons. 331. nu. 1. in 1. p. in nouis. Francis. Cremens. not. 38. Hyppol. de Marsil. not. 11. & repet. tubr. de fideiuss. q. 58. n. 370. & Ias. in l. huiusmodi. ff. de uerb. oblig. & Vincentius de Franchis. decis. 55. nu. 8. vbi in fine attestatur ita Sacrum Concilium determinasse.

8 Tertio, & vltimo respondetur, dato, & non concesso, quòd non habeatur pro fideiussore, & quòd dicatur reus principalis, & insolidum obligatus, & quod ideo gaudere non possit beneficio d. auth. præsente, adhuc eius sumptibus potest petere, ut contra principalem fiat excussio, & hoc est reale, & verissimum fundamentum, in quo (quoad materiam excussionis) tota est facienda uis, & cõsideratio per Dominum Excellentem, & circumspectum Iudicem, & ratio est.

9 Quia, quando sunt plures rei debendi insolidum obligati, & ad vnum tantum peruenit pecunia, tunc alus ad quos pecunia non peruenit implorare possunt, ut eorum sumptib. actio dirigatur contra eum, ad quem peruenit. Bart. in l. 3. in 7. q. ff. de duob. reis, & in l. si, ut certo. §. si duobus. col. 4. ff. commodat. Angel. in l. unde quæritur. eo. tit. & in l. hinc quæritur. § potest. ff. de pecu. Rom. in l. si cum dotem. § transgrediamur. ff. solut. matrim. & in cons. 114. num. 4. lo. de Anan. in cons. 60. & ibi Bologner. in addit. Imol. in l. reos. col. 5. vers. 6. additio. ff. de duob. reis. Barbat. in cõs. 34. col. 4. uol. 1. & in cons. 91. col. 5. & seq. uol. 3. Hyppol. in rub. de fideiuss. col. 12. & 86. & Socin. in cons. 27. nu. 33. vol. 4.

10 Nec dicatur per partem, hanc conclusionẽ non procedere, quando alter ex correis, seu fideiussoribus interueniisset animo nouandi, & quando sunt omnes insolidum obligati, ut in casu nostro, ut per Alex. in cons. 31. colum. fin. vol. 4. Ruyn. in cons. 19. nu. 9. uers. non obstat. uol. 4. Aym. in cons. 114. & Aym. Crauet. in cons. 91. nu. 4.

Quia respondetur duos consideratido casus pro huius conclusionis vera resolutione.

11 Primus est, an ex quo ad vnum tantũ peruenit pecunia alii loco fideiussorum habeantur non obstante, quod omnes principaliter, & insolidum se obligauerint, & in hoc casu omnes uti principales sunt iudicandi, & non gaudent beneficio auth. pręsente, & ita loquũtur Alex. Rayn. Romat. & Aymon Crauet. in præcitatis locis, & Excellens Dominus Iudex ex lectura dictorum Doctorum in dictis locis apertissimè uidere poterit.

Secundus casus est, an ex quo omnes sunt principaliter, & insolidum obligati, & ideo omnes uti principales sunt iudicandi, possint illi ad quos pecunia non peruenit petere eorũ sumptibus, ut actio dirigatur contra eum ad quem peruenit pecunia, non obstante, quòd dicantur principales, & insolidum obligari, & quòd uti principales sint iudicandi, & in hoc casu concluditur, quod petere possit, & sic specificè supra dicti Doctores per me relati loquuntur, & est verissima conclusio, quia ista facultas asserendi, quòd fiat excussio sumptibus illius, qui nihil habuit, non est, quia censeantur fideiussores, sed propter æquitatem inductam per extensionem Iurisconsultorum ut dicit Ang. in l. reos. col. fin. ff. de duob. reis. Barbat. in cons. 91. colum. 6. uers. faciat, quod uoluit. uolum. 3. & Socin. in consilio 71. volumine tertio.

12 Et huis fundamento non obstat renunciatio, licet enim d. auth. præsente non habeat locum, quando renunciatum est beneficio discussionis. gl. in uerbo accedat. auth. de fideiussor. in princ. Dec. in l. fin. col. 4. ff. si cert. pet. Paul. de Castr. in l. si dubitet. §. 1. ff. de fideiuss. Rom. in cons. 392. & in cons. 271. & Corn. in cons. 109. uol. 1. Tamen in casu nostro non petitur excussio uirtute d. auth. præsente, nec petitur beneficium de duobus reis, sed petitur, quod actio dirigatur contra eum, ad quẽ pecunia peruenit, & sumptibus præsentis, & hoc propter æquitatem inductam per extentionem Iurisconsultorum, cui numquam dicitur renunciatum, si specifice renunciatio huic æquitati per extensionem Iurisconsultorum introductæ non fiat, ut notabiliter concludit Bald. in l. cum plures. §. uestimenta. ff. locat. Cum igitur in casu nostro huiusmodi renunciatio facta non fuerit, sequitur, quod in renunciatione pars fundamentum facere non potest.

13 Nec dicatur per partem, quod ista exceptio excussionis cum sit dilatoria non potest opponi post sententiam. Bar. in l. 3. de exception. Iacob. Butrig. Cyn. & Bald. in l. exceptionem. C. de probation. Doctores omnes in d. authent. præsente. Alex. in cons. 78. colum. fi. volumine primo, in consilio trigesimosecundo, numero quarto, & trigesimoquarto, columna prima, volum. 4. & in cons. 100. col. fin. vol. 5. Cor. in cons. 55. nu. 7. volum. 3. Guid. Pa. decis. 570. Decis. Tholos. 166. Boet. decis. 221. nume. 16. Ruyn. cons. 19. numero decimoseptimo, volumine quarto, Crauet. in cons. 223. numer. 7. & Paris. in consilio quinquagesimo, numero quadragesimoquarto, vol. 1. & in consil. 103. num. 6. volumine 3. unde cum dicta exceptio excussionis nõ fuerit opposita ante decretum latum, neque allegata aliqua exceptio, sequitur,

quitur quòd ad præsens opponi non possit, & propterea decretum fore, & esse exequendum.

Respondetur duos considerando casus.

14 Vnus est, quando hæc exceptio excussionis opponitur ad impediendum processum in uim dilatoriæ exceptionis, & tunc cum hęc exceptio dilatoria dicatur non potest opponi post sententiam latam, sed opponi debet, ante litem contestatam, & in isto casu loquuntur Doctores supra allegati.

15 Secundus casus est, quando hæc excussionis exceptio opponitur in uim peremptoriæ exceptionis, hæc enim exceptio etiam in vim exceptionis peremptoriæ potest opponi, & ob id illam anomolam nuncupat gl. ult. in l.3. ff. de except. Bar. in cons. 99. tertius promittit mihi, uol. 2. vbi dicit, quod ista exceptio est anomala, & ideo omni tempore opponi potest. Calcan. in cons. 29. col. 6. circa med. Guid. Pa. decis. 432. nu. 10. & Aym. Crauet. in cons. 77. sub num. 17.

Et si dicatur, quod licet hæc exceptio sit anomala, & quod possit opponi in uim exceptionis peremptoriæ. tamen post sententiam opponi non potest. l. peremptorias. C. sententiam rescindi non posse.

16 Respondetur, quòd aliquando hæc exceptio opponitur contra sententiam, & tunc post sententiam opponi non potest, & in hoc casu loquitur d. l. peremptorias.

Aliquando opponitur non contra sententiam, sed examinatur seorsum a principali, & quæ non elidit ipsum principale, & tunc bene opponitur post sententiam. Bald. in l. 1. C. de iur. & fac. ignor.

Aliquando exceptio non ordinatur ad excludendam condemnationem, quinimmo præsupposita condemnatione, tunc dicit, & intendit ad moderãdum condemnationem, siue eius executionem, tunc talis exceptio compatitur secum sententia, & potest opponi in executione. l. ex diuerso. §. fin. ff. sol. matrim. & in l. Nesennius. §. fin. ff. de re iudic. tradit Bal. in d. l. 1.

Sed hæc exceptio in casu nostro opponitur in uim peremptoriæ, & non opponitur contra decretum latum, nec ordinatur ad excludendum decretum, sed examinatur seorsum a principali, & ad moderãdam executionem, quia petitur, quòd eius sumptibus excussio contra bona principalis fiat, qui si non reperitur soluendo ob defectum bonorum decretum latum contra ipsum executioni demandatur, ergo ista exceptio in uim peremptoriæ proposita etiam post sententiam opponi potest, & ita in indiuiduo dicit, Accursius in l. fideiussor. in glo. fin. C. de fideiussor. Paul. de Castr. in l. fin. sub numero nono. ff. de reb. cred. si cert. petatur. Bartol. in l. Paulus la 2. ff. de re iudic. Guid. Pap. decision. 570. in fin. & Anan. in consilio sexagesimo, versiculo præterea si.

Stante hac conclusione uera, & verissima, quòd sumptibus dicti Iosephi sit facienda excussio in bonis principalis pro eius iuribus demonstrandis, duo sunt consideranda.

Vnum si principalis, seu hæres eius sit soluendo, secundum si soluendo non extet.

Si sit soluendo, & tunc facta discussione finita est causa, quia creditor habet intentum, aut ob solutionem, quæ fiet per principalem, aut per uenditionem bonorum ipsius principalis, de quorum bonorum uenditorum precio fiet ipsi creditori solutio.

Si non sit soluendo, & tunc tempore solu-
17 tionis per ipsum Iosephum faciendæ creditori, debet sibi cõtra debitorem, & eius bona fieri cessio. Nam creditor cogitur fideiussori soluenti actiones cedere. l. cum is. ff. de fideiussor. & in ipsum ius pignoris transferre. l. 2. C. de fideiuss. & actio hypothecaria facta cessione competeret contra quemlibet possessorem. l. mãdati. C. de fideiuss. nam cessionarius soluendo creditori priori uidetur in omnibus intrare in locum prioris creditoris, ut notat Salycet. in l. si a creditore. C. de action. & obligat. facit tex. in l. 1. C. si antiq. cred. pign. vendid. & in l. 2. C. de iis, qui in locum prior. cred. succed. & ideò ius pignoris dicitur transferri in ipsum cessionarium, ut pignus a quocunq; posteriori credirore auocare possit etiam contra ipsum cedentem, ut notanter concludit Decius, in cons. 104.

Prædicta uti habent locum in fideiussoribus, ita habent locum in duobus reis, quia creditor agens contra unum ex duobus reis, tenetur sibi cedere actiones l. secunda, & ibi
18 notatur. C. de duob. reis, & non solum personales, uerum etiam hypothecariam in bonis competentem, l. prima, & l. cum alter. C. de fideiuss. & l. prima. ff. de fideiuss. quæ licet loquantur in fideiussoribus, idem tamen dicũt Doctores in duobus reis, cum adinuicem fideiubere uideantur. l. vir vxori. cum ibi not. ff. ad Velleian. & per Bartolus, in l. reos, in princip. de duobus reis, & ita tenet Bartolus, in l. Modestinus. ff. de solution. & Bartholomæ. de Salycet. in lege prima, C. de duobus re.

Quæ conclusio in casu nostro est uerissima ex quo pecunia peruenit ad Nuncium, & ad ipsum negocium principaliter spectat. & ideo cum Ioseph pro alio promiserit secundum ueram opinionem, non uidetur principalis, sed potius fideiussor, ut per glo. in l. Titia. §. penultimo, in uerbo, quæ apud, & notat Imol. in l. penultima, ff. de prætor. stipulat. cum sim. ut tradit Alexand. in leg. ubi autem. §. illud. ff. de uerborum obligat. & ibi concludit concordando opiniones, quod in effectu uidetur fideiussor ille, qui pro alio obligatur, licet quo ad formam promissionis uideatur principalis. & satis est nobis quod in effectu non sit principalis, quia actus ab effectu iudicari debet, ut notat Bald.

in l.2.C.commodat.per l.Lucius.ff.de donat. fecit tex.in l.iusulam.ff.de præscrip.uerb.& in l.ubi ita donatur.ff.de donat.caus.mort.notat Bar.in l.si 1es.ff.de duobus reis.Abb.in consil. 70.volumine secundo, And.Sicul. in consilio 12.volumine quarto, Corneus, in consilio 24. volumine primo, Dec.in cons.268.numero 3. Paul.de Castr.in cons.331. parte prima,in nouis,& Bald.in cons.155. volumine quinto,vbi dicit, quòd ad quem peruenit pecunia debet conseruare indemnem ipsum ad quem non peruenit.

Stante hac conclusione, præsupponamus, quòd Iosephus soluat Ludouico creditori, seu Ascanio eius cessionario,utique in solutione facienda debet sibi cessio fieri, uirtute cuius cessionis ipse Iosephus agere potest hypothecaria contra ipsum Ascanium vti vineæ censuatæ possessorem , prout agere poterat ipse Ludouicus pro solutione soluenda pro tertiis decursis.

19 Nec dicatur, quod hypothecaria agi non potest contra tertium possessorem, non facta prius excussione contra bona principalis,& in bonis fideiussionis, ut habetur per Doctores in auth. non si debitor. C. de pign. & in auth. sed hodie.C.de action.& oblig.

Quia respondetur pluribus modis.

20 Primo dictam conclusionem non procedere, quando in instrumento hypothecariæ intercessit constitutio precarii, prout in casu nostro in instrumento censuali intercessit,nã tunc agi poterit directo contra possessorem secundum Butrig.& ibi post eum Bald.per illum tex.in l.final.C.de acqui. possess.& idem Bal.in l.1.C.de reuocan.his,quæ in fraud.credit.& Angel. & Imol. in l.exitus.ff. de acqui. possessio. Ale.in consilio octuagesimo tertio, numero secundo,uolum.6. & in consilio 85. numero secundo,eodem uolum. 6. Franciscus Creme.sing.61.Ang.Aret.& ibi Ias. nu. 77.in §.item si quis.in fraudem.Inst. de actio. Hyppol. de Marsil. singul.158.& Guid. Pap. in cons.109.

21 Secundo respondetur dictam conclusionẽ non procedere in Regno propter pragmaticam Regis Ferdinandi primi,quæ uult,quod vbi est precarium in obligatione bonorum, potest agi contra tertium possessorem absq; discussione principalis debitoris. Afflictus in decis.139.sub nu.6.ac etiam propter pragmaticam Regis Alfonsij, quæ vult, quod in contractu ceusuali possit agi contra possessorem rei censuatæ absque discussione debitoris principalis,& ibi Follerius.

Tertio, & vltimo respondetur dictam conclusionem non procedere in duobus reis insolidum obligatis,nam si vnus soluat,& sibi fiat cessio, vti cessionarius potest agere hypothecaria contra tertium possessorem rei hypothecatę, nec tertius potest opponere excussionẽ fieri in bonis principalis,seu fideiussoris,ita notabiliter concludit Bald.in cons.149.proponitur,quòd ex causa depositi.ad fin.& in consil. 198. Ad intelligentiam, columna penultima, uolumine primo,& cons.466.num.9.volumine quinto, & Aym. Crauet. in cons.77.nu.9. uers. tertio respondeo. Sed nos loquimur in duobus reis insolidum obligatis.ergo ipse Iosephus uti reus insolidum obligatus facta sibi cessione per creditorem, potest hypothecaria agere contra ipsum Ascanium uti possessorẽ uineæ censuatæ pro tertiis decursis, & ipse Ascanius non potest petere excussionem fieri in bonis principalis.

Cum igitur facta cessione Iosephus actione hypothecaria agere possit contra ipsum Ascanium uti uineæ censuatæ possessorẽ pro tertiis decursis, sequitur,quòd cum ipse Ascanius soluerit reijci debet ad præsens in hoc iudicio a repetitione solutionis per ipsum factę pro tertiis decursis contra ipsum Iosephum, & sic pro hac causa Iosephum molestare non potest, & hoc exceptione doli, cum dolo facit,qui petit, quod restituturus est l. dolo facit.ff.de doli mali,& met.except.& ita in terminis concludit Bartol. in l. Modestinus, sub nu.6. uers. nam cum unus habeat actionem. ff. de solut. ubi concludit, quod si quis a reo petat, qui uirtute cessionis reo factæ obligatus esset,quod petit reo restituere exceptione doli remoueri debet. Sed Ascanius facta cessione Iosepho obligatus esset ipsi restituere, quod sibi Iosephus solueret, ut supra apertissime demonstraui,ergo exceptione doli remoueri debet,& hoc est reale,& verissimum fundamentum, cui pars in suis allegationib. nullũ responsum dat, nec in ueritate dari potest.

Nec ipse Ascanius potest regressum habere contra bona Iosephi generaliter obligata, quæ conclusio sic demonstratur.

22 Cessionarius subintrat in locum prioris creditoris,& ideo dicitur creditor, late disputando Io.in addit.Spec.in tubr.de cess.act. Rom. in cons.38.in 1.dubio. in cons. 142. & in cons. 202.Marian.Socin. iun. in consilio vigesimoseptimo, numero septimo, uolumine secundo, & est communis opinio secundum Dec. in l.1.in prima lectura,in fin.in secunda lectura, numero nonagesimonono. ff. si certum petatur.

Creditor, quãdo habet duplicem hypothecam specialem videlicet,& generalem in omnibus bonis debitorum, agere debet prius ad bona specialiter obligata. Roman.in cons.187. in re pręsenti,& Corn.in cons.246.col.penult. volumine 1.

Modo sic,in casu nostro Ludouicus creditor in suo contractu censuali pro tertiis habet hypothecam specialem super uinea censuata, & generalem super omnibus bonis Nuntii, & Iosephi, & ideo egit pro tertiis decursis contra possessorem uineæ specialiter hypothecatæ, & censuatæ, igitur ipse possessor uti cessionarius,& propterea creditor non potest ad bona Iosephi generaliter

obligata

obligata ex iuris scripti æquitate recursum habere. l. 2. C. de pignor. cum ibi plene notatis per gl. & Doctores. Crem. not. 53. Roman. in cons. 187. & Aym. Crauet. in cons. 77. nu. 16.

Et si dicatur, quod in contractu censuali nõ admittitur exceptio doli, seu excussionis, ex quo uirtute Regiæ pragmaticæ non admitti tur nisi solutionis exceptio.

Respondetur pluribus modis.

23 Primo ista exceptio doli, seu discussionis in casu nostro est peremptoria, ex quo agentis actionem, seu intentionem peremit, sed ego habeo, quòd contra huiusmodi instrumenta, contra, quæ nulla admittitur exceptio, potest nihilominus opponi exceptio peremptoria, ut uoluit Bald. notabiliter in l. peremptorias. C. sentent. rescin. non posse. & not. Bart. in l. si filius. ff. quod cum eo, qui in ali. pot. est. & Ias. in l. 1. colum. 4. vers. 4. refertur. C. de iu. & fac. ignor. & hoc maxime, quia dictæ exceptiones sunt probabiles in continenti, per ea, quæ notat Abb. in c. suscitata. in gl. ext. de restit. in integr. & Cardin. in clem. 1. §. si q. pen. de sequestrat. possess. & fruct. quæ exceptio peremptoria, nec per statutum, nec per Principem tolli potest, quia esset tollere defensiones partis. l. quoties. C. de precib. Imperat. offeren. notat Innocent. in c. super litteris. ext. de rescrip. Anton. de Butr. in c. ex parte B. extr. de foro compet. & Speculat. in tit. de rescript. præsenta. §. ratione autem formæ uers. illud nota. pro quibus est bona glo. in c. 1. de litis contestat. lib. 6.

Secundo respondeo, istæ exceptiones cum limitent, & restringant executionem, opponi possunt contra huiusmodi instrumenta, vti opponi possunt contra sententiam, seu eius executionem, ut est casus in l. Nesennius. ff. de re iudic. & in l. fideiussor. §. idem respondit. ff. de fideiuss. & in l. ex diuerso. §. fin. ff. solut. matrimon. notat Bar. in l. 1. C. de iu. & fac. ignor. & in l. fin. C. si ex fals. instrum. & tradit Celsus Vgo in cons. 45. colum. 2. uers. quamuis enim.

Tertio, & vltimo respondetur, In casu nostro facta est solutio per ipsum Ascanium uti uineæ censuatæ possessorem, ex quo onus soluendi centum sequitur quemcumq; possessorem. clem. 1. de censib. & ibi gl. l. rescripto. §. sciendum. ff. de muner. & honor. qui possessor tenetur pro censibus futuris, & præteritis. Anchar in cons. 356. in lite. col. 1. Aym. Crau. in cons. 217. Matthæus de Afflict. in decis. 95. & Foller. in sua praxi censuali. pag. mihi 349. num. 97. Cum igitur sit facta solutio, uti cessionarius, & consequenter creditor non potest habere regressum contra bona dicti Iosephi, nec uti procurator in rem suam, ex quo contra bona dicti Iosephi, nec uti procurator in rem suam, ex quo contra bona specialiter censuata, & hypothecata actio directa fuit, & propterea facta est solutio, ut supra demõstraui, & sic in casu nostro obstat exceptio solutionis, nec non per solutionem factam exceptio liberationis, cum ipse Iosephus a tertiis solutis per ipsum Ascanium sit in totum liberatus, tum exceptione doli, tum exceptione excussionis, tum ex carentia actionis, ex quo stãte solutione facta pro re specialiter obligata, & hypothecata per ipsum Ascanium non habet regressum contra Iosephum, & eius bona, & ista exceptio liberationis comprehenditur sub appellatione solutionis. l. solutionis uerbum. ff. de solut. & l. solutionis. ff. de uerb. significat. & facit l. liberationis. eo. tit. tradit in simili materia Celsus Vgo in d. cons. 45. nu. 5.

Supradicta conclusio, uidelicet, quòd ad instantiam Ascanii uti cessionarii Ludouici non possit exequi contra Iosephum, probatur hac alia ratione.

24 Cessio facta per Ludouicum Ascanio Matarazzi facta fuit post solutionem, vt apparet ex lectura contractus cessionis, sed post solutionem cessio facta non ualet, & in ea cessionarius fundamentum facere non potest. l. modestinus. & ibi Doctores communiter. ff. de solut. igitur uirtute istius cessionis non potest fieri executio contra ipsum Iosephum.

25 Nec dicatur antedictam conclusionẽ non procedere, vbi præcedit pactum de cedendo, & cessio non fit ex interuallo post solutionẽ, sed incontinenti, ut tradit Bar. in d. l. modestinus, & ideo in casu nostro, cum præcesserit pactum decedendo, & cessio facta fuerit incontinẽti post solutionem, sequitur, quod ualeat, & quod in ea cessionarius fundamentum facere possit.

26 Respondeo negãdo in casu nostro præcessisse pactum de cedendo, & quòd in contınẽti post solutionem sit facta cessio, ista enim non sunt probata, & consistunt in facto, & ideò non præsumuntur, cum ea, quæ sunt facti non præsumantur. l. in bello. §. factæ. ff. de capti. & postlim. reuers. Aym. Crauet. in cons. 198. num. 1. & cessio incontinenti post solutionem dicitur, quando immediatè, ante totalẽ perfectionem contractus fit. arg. notatorum per Bar. Alex. Dec. & alios in l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. pet.

Et quod ista cessio in casu nostro nullum operetur effectum, & quòd fieri non potuerit, probatur hac alia consideratione.

Solutio pro tertiis decursis facienda est de annuis fructibus, seu introitibus dictæ uineæ censuatæ, prout apparet ex contractu, facta igitur solutione de fructibus extincta est obligatio contra ipsum Iosephum, cum solutione eius, quod debetur omnis extinguatur obligatio. Inst. quib. mod. toll. oblig. in princ. & in dubio est præsumendum census solutionem fuisse factam ratione oneris impositi, & pro submissione. Bal. in l. item si uerberatum. §. 1. uers. solutio nota argumentum. ff. de rei uendicat. Corn. in consilio decimonono, numero decimo, volumine secundo, & Abb. in consilio trigesimoquarto, numero sexagesimoprimo, nam in dubio aliquid præsumitur factum ob eam causam, ob quam fieri de iure opot-

oportebat.l.si cum dotem.§. si pater.ff. solut. matrim. tradit Crauet.in conf. 119. sub nu.8. modo sic, quòd cessio non potuerit fieri probatur dupl ci ratione.

Prima est, quando facta solutione debitor ipso iure liberatur, tunc post solutionem non potest fieri cessio, cum nullum ius supersit, quod possit cedi, cum per solutionem eius, quod debetur omnis extinguatur.l. prout. ff. de solut.ita dicit Ias.in l.si res obligata. nu.44. ff. de leg.1. Sed in casu nostro Iosephus tenebatur soluere tertias de fructibus, & introitibus dictæ uineæ, quæ solutio facta fuit per possessorem dictæ vineæ, ad quem onus soluendi dictas tertias transiuit, ergo contra ipsum nullum remanet ius, cum ob adimplementum obligationis factum mediante solutione omnis obligatio sit extincta, & ideo cessio fieri non potuit.

Confirmatur hæc ratio, solutio præsumitur facta ratione oneris impositi, modo sic, aut vti creditor, & procurator in rem suam, & uti cessionarius uult uenire, & non potest, quia sibi uti creditori repræsentanti personam principalis creditoris non competit ius, cum fuerit facta solutio, aut uti cessionarius, & in rem suam procurator vult habere regressum contra Iosephum, & eius bona generaliter obligata, & non potest, cum actio directa fuerit ipsius super vinea specialiter censuata, & hypothecata, ut supra demonstratum fuit, & sic apparet, quòd facta solutione nullum contra Iosephum, & eius bona remanet ius, & ideo cessio fieri non potuit, & facta non ualet.

27 Secunda, & vltima ratio est, soluens, quando soluit nomine illius contra quem fit cessio, tunc cessio est inutilis, siue fiat ante solutionem, siue in ipsa solutione, siue post ipsam solutionem interueniente pacto, uel non, quia per solutionem tollitur omnis obligatio l. Papinianus.ff. mandat. ita notabiliter concludit Bart.in l. modestinus num. 4. Sed in casu nostro solutio per ipsum Ascanium præsumitur facta ratione oneris impositi, & sic nō suo sed nomine alieno, & consequenter debitorum. Bart.Ang.Saluc.& Fulgos. in l. si pœnæ causa.§. quamuis.ff. de condit. indebit. & est * communis opinio, quæ conclusio est verissima, quando per possessorem post motam litem fit solutio, ut in casu nostro, nam tunc alieno nomine soluisse præsumitur. Alberic. post Iacob. Butrigar. in l.si quis possessor. uersicul. Sed quid in dubio. ff. de petit. hæredit. Ergo in casu nostro cessio fieri nō potuit.

Ex prædictis apparet ipsum Iosephum Cœlestinum pro antedicta causa non posse molestari per ipsum Ascanium Matarazzi, & ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I.D.

SVMMARIVM.

1 *Metus an præiudicet tertio contrahenti, & metum ignoranti.*

Consilium XVIII.

PAter, & filij frumentum emerunt, & pro soluendo pretio tempore conuento insolidum se obligauerunt, moritur pater, filii insolidum obligati tempore debito a creditore conueniuntur, qui conuenti proponunt metu per patrem ad dictum frumentum emendum, & ad seipsos insolidum obligandos fuisse inductos, & propterea ad solutionem pretii compelli non posse, & contractum metu celebratum rescindi debere petunt. Ad præsens dubitatur, an iste paternus metus filiis illatus præiudicet creditori, & sic tertio contrahenti cum filiis, & metum ignoranti.

In præsenti difficultate reperio diuersas leges pro vtraque parte facientes.

1 Et primo reperio aliquas leges, per quas probatur, quòd metus præiudicat tertio contrahenti, & metum ignoranti, quæ sunt l.si cū exceptione in §.in hac.in §.aliquando.& in §. pedius.ff.de eo, quod met.caus.l.sed, & ex dolo §.fin.ff.de doli mali, & met.except.in quib. legibus probatur, quod ad hoc, ut actio, quod metus causa competat, vel, quod metus causa exceptio, non astringitur, quis, vt designet, quis ei metum, uel vim adhibuerit, sed sufficit, ut doceat in causa metum fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, uel rem ita traderet, uel, quid aliud faceret, & sic non est necesse, ut inspiciamus, an is, qui agit metus causa fecerit aliquid, sed an omnino metus causa factum sit in hac re a quocumque, non tamē ab eo, qui agit, & ideo hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, uerum a quocumq; adhibito exceptio obiici posse ex quibus legibus aperte elicitur, quod sufficit simpliciter probari metum in cōtractu celebrando adhibitum fuisse, & ideo obiici exceptio, ac actio, quod metus causa intentari potest etiam contra bonæ fidei emptorem, & sic cō tra tertium contrahentem, & metum ignorantem.

Et propter istas leges glos.in l.non interest. C.quod met.caus.cōcludit, quòd actio, quod metus causa intentari potest contra emptorem metum ignorantem, quam glossam ibi Bartolus, sequitur, & sic metus præiudicat tertio contrahenti, & metum ignoranti, quā opinionem in facti contingentia tenuit Sacrū Concilium Neapolitanum ex ratione, quia in contractu per uim, & metum confecto deficit consensus, & ideo obligatio, ut refert Vrsill. in addition. ad Afflict. decisione 263. in fine.

Repetio etiam legis facientes pro altera parte,

te, uidelicet quod metus non præiudicet tertio contrahenti, & metum ignoranti, vt sunt l. si quis alius, & l. metum. §. sed licet. ff. de eo, quod met. caus. In l. si quis alius, habetur, quod quidam compulit per metum creditorem ut fideiussorem liberaret, qui fideiussor metum ignorabat, & ideo fideiussor non tenetur, ut rei quoque obligationem restituat: ecce quod in casu isto metus fuit illatus, & tamen non præiudicat tertio fideiussori metū ignoranti. In §. sed licet, habetur quod si a te aliquid accepero ad hoc ut de ui hostium, uel latronum, uel populi tuerer, uel liberarem, vel te obligauero, & ad hoc vt te obligares, vel aliquid dares per alium me inscio, metus adhibitus fuerit, dicitur ibi, quod ego non teneor actione, quod metus causa, licet enim uim a quocunque factam prætor complectatur, ecce quod metus per alium illatus non præiudicat tertio contrahenti, metum ignoranti, probatur etiam hæc conclusio in l. non interest, in uerbis illis, an uero sciente emptore. C. quod met. cau.

Pro uera resolutione huius dubij, & pro concordandis dictis legibus sunt isti casus cōsiderandi, & Primus est, quando metus dedit causam contractui, & fuit causa immediata dicti contractus, & sic ad illum fuit expresse ordinatus, & in hoc casu concluditur, quod metus per alium illatus præiudicat tertio contrahenti ignoranti, & de metu non participāti, & in hoc casu loquuntur leges primo loco allegatæ, prout concludit gl. in d. §. sed licet, in uerbo, opere potius meæ, & dictæ leges vti habent locum in causa lucratiua, ita etiam locum sibi uendicant in causa onerosa, prout tradit glos. in d. §. in hoc, in uerbo lucrum, & probatur in d. §. aliquando.

Secundus casus est quando metus nō fuit causa proxima, & immediata dicti cōtractus, sed fuit causa remota, & in hoc casu concluditur quod metus non præiudicat tertio cōtrahenti, & metum ignoranti, & in hoc casu loquuntur leges secundo loco allegatæ, & in specie probatur in d. §. sed licet, & in l. eleganter, in princ. ff. de dolo malo, quam conclusionem tenet gl. in d. §. sed licet, in uerbo, operæ potius meæ, quam secuti sunt Bart. in d. §. aliquando, & in rub. ff. si quis ali. testa. prohib. gl. & Barto, in l. nam, & seruius. ff. de negoc. gest. Cyn. Petr. & Bald. in l. 1. C. si quis ali. testa. prohib. Paris. in consi. 10. num. 61. uolum. 1. Aym. Crauet. in cons. 120. Ruyn. in cons. 113. vol. 5. & Bald. in quæst. de schismate, in §. sed in contrarium, num. 16.

Hæc conclusio procedit quando probatur, testibus metum illatum fuisse, secus si per clandestinam protestationem, quia clandestina protestatio nō prodest in præiudicium tertij metum ignoranti, quando obligatio secuta non sit contra bonos mores. Bart. in l. qui alie na. § celsus. in fin. ff. de acqui. hæredit. Bald. in l. clari in fin. C. de fideicommis. Alexan. in cons. 16. uolum. 3. Dec. & Cagnol. in l. in omnibus causis. ff. de reg. iur. Dec. in cap. cum matrimonij, extra de offic. deleg. & in consil. 229. Curt. iun. in cons. 126. Socin. in consil. 263. artic. 3. uolum. 2. & Aym. Crauett. in consilio 120.

Ex prædicta uera, & reali resolutione constat in casu nostro metum non præiudicare huic venditori frumenti, & metum ignoranti, ex causa quod metus non fuit causa proxima, & immediata contractus, sed remota. Pater enim non coegit filios immediate pro emendo illo frumento, & sic metus expresse propter illum, & ad illum non fuit ordinatus, sed ad hoc, vt de illo frumento debitum solueret, & se liberaret, ne pro ea causa in carceribus poneretur, & sic metus fuit causa remota, quia metus simpliciter non dedit causam contractui, nec propter illum, & ad illum (nō alia habita consideratione) fuit ordinatus, ex quo causa immediata, & proxima fuit solutio alterius debiti, & liberatio, ne pro dicto debito in carceribus poneretur, & pro ista conclusione facit exemplum Bart. in d. l. nam & Seruius, ubi si tres essent capti, & unus eorum per detinentem fuisset dimissus recepto iuramento de redeundo, & ille non fuisset reuersus, alij pro eo soluere coacti, ab illo nihil possent repetere, quia licet uim, & iniuriam passi sint ex facto illius, quia tamen ad hoc non erat ordinatum, ei non imputatur, sic in casu nostro, quia metus nō fuit ordinatus propter emendum frumentum, sed ut ex emptione frumenti ipse pater ab altero debito se liberaret, & ideo iste metus tertio contrahenti, & ignoranti non dicitur præiudicare, & maxime quia ex contractu illo uenditor commodum lucrum, seu utilitatem non recepit, immo filij commodum receperunt, ex quo per illud frumentum patrem ab uno debito liberauerunt ad quod debitum mortuo patre uti hæredes tenerentur prout ad præsens tenentur, & quādo propter metum commodum ad tertium contrahentem, & ignorantem non deuenit, tunc glos. in dicta l. non interest. locum non habet, prout ibi Paul. de Castr. determinat, & præcipue in casu nostro est ita concludēdum, quia isti filii ab hæreditate paterna non se abstinuerunt, & ideo hanc exceptionem metus a patre ipsis illati proponere non possunt, ut est text. in terminis in l. apud Celsum. § final. ff. de doli mali, & met. except. & per prædicta ita iuris esse censeo, & consulo.

Et ita per Excellentem Dominum Iudicem Aquilanum extitit decisum.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Pragmatica Regni per quam prohibetur filio non posse sine patris consensu obligari, non habet locum in contractu iurato per totum, & maxime quando duplex*

plex præstitum fuit iuramentum, num. 3. & corporaliter. num. 4.

2 *Statuta requirentia in contractibus certas solemnitates non comprahendunt contractus iuratos.*

3 *Iurans seorsum a patre uiuere quomodo contrarium probare possit.*

6 *Pragmatica loquens de obligatione filii familias non habet locum quando filius habet bona, in quibus pater non habet vsumfructum.*

7 *Exceptio tu non habes ius, dicitur exceptio litis finitæ.*

8 *Absolutio a iuramento quando teneat.*

Consilium XIX.

DVbitatur an Regia pragmatica, per quam sine patris consensu filius familias obligari prohibetur præterquam quando seorsum a patre uiuit, & inhabitat, & est emancipatus habeat locum in casu nostro, & omissa disputatione, & conclusiue procedendo dicendum est ex pluribus locum non habere.

1 Primo Regia pragmatica non loquitur nec habet locum quando quis asserit seorsum a patre uiuere, & habitare, & ita iurat, & sic nō loquitur in contractu iurato, prout est in casu nostro, cum Antonius Maria iurauerit seorsum a patre uiuere, & habitare, quæ conclusio hac ratione probatur.

Satuta requirentia in contractibus certas solemnitates non comprahendunt contractus iuratos, ut communiter uolunt Io. And. Anton. de Butr. Io. de ligna. Abb. Innocen. & Canonistæ omnes, in c. cum contingat, extra de iure iur. Salycet. Paul. de Castr. Ias. & alij in auth. sacramenta puberum. C. si aduers. uendit. Bart. in l. omnes populi. ff. de iusti. & iu. Socin. in cons. 77. num. 13. & sub num. 15. quasi in fin. uolumine primo, ubi hanc esse communem opinionem affirmat, in cons. 147. nu. 10. eod. uolum. 1. ubi dicit quod quando contractus est nullus uirtute statuti, quod non obstante statuto, iuramēto firmatur, & quod ista est communis opinio, quamuis Bar. Bald. & alij antiqui multum uariauerint, & Abb. in cons. 8. colum. 2. vers. uenio ad secundum, & uers. seq. uolum. 2.

Immo in contractu iurato non debet attēdi dispositio iuris ciuilis, cum iuramentū non sit de foro seculari, nisi ut mandetur executioni, ut in cap. fin. de foro compet. lib. 6 & ibi no. Io. Andre. non ut ius ciuile aliquid statuat annullando uel ut de iuribus eius cognoscat, hoc enim pertinet ad iudicium ecclesiæ, ut ibi notatur, & patet in c. uenerabilē, de elect. notant Doctores in c. cum contingat, de iure iur. Ius enim canonicum generaliter statuit iuramentum esse seruandum quatuor copulatiue concurrentibus, primo quod possit seruari sine interitu salutis æternæ, ut in d. c. cum contingat. secundo quod non sit contra publicam utilitatem principaliter, licet secundario, sicut probatur in capit. si diligenti, de foro compe. & in l. 1. ff. solut. matrimon. iuncto d. c. cum contingat.

Tertio quod non tendat in alterius præiudicium quam iurantis, ut in c. 2. de pact. in 6. alias esset uinculum iniquitatis. Quarto, & vltimo quod non sit contra bonos mores, ut in reg. non est obligatorium, de reg. iur. in 6. Ex quibus constat, quod stante iuramento non est curandum an contractus sit nullus de iure communi, seu de iure statuti, an sit contra legem, vel præter legem, ut probatur in d. capit. cum contingat, & in c. quemadmodum, eod. tit. & in c. licet mulieres. de iure iur. lib. 6. & est cōmunis opinio, & declarat plenissime Abb. in sua disputatione, quæ incipit stante statuto Ciuitatis Senensis.

Sed in casu nostro illa quatuor copulatiue concurrunt, & primo quia iuramentum potest seruari sine interitu salutis æternæ. Secundo principaliter non est contra publicam vtilitatem. Tertio non tendit in præiudicium alterius quam iurantis. Quarto non est contra bonos mores, ergo virtute iuramenti contractus est seruandus non obstāte Regia pragmatica, tum quia non loquitur in contractu iurato, tum etiam quia si loqueretur in contractu iurato non esset attendenda, ut dixi: immo omnino iuramentum est seruandum, & absolutio a iuramento peti non potest. D. Anton. Io. de Imol. & Abb. in d. c. cum contingat. in 5. memb. princip. arg. c. significante, de pignor. & tenet Paul. de Cast. in d. auth. sacramenta puberum. Abb. in d. disputatione incip. stante statuto Ciuitatis Senensis, & Socin. in dicto consil. 76. sub numer. 15. in uersicu. præterea.

Et si dicatur quod exceptio macedoniani inducta est in odium creditoris l. 1. ff. ad macedon. & ideo stāte prohibitione Regiæ pragmaticæ contractus initus cum filio familias non tenet etiam iuramento firmatus iuxta doctrinam Bart. in l. si quis pro eo, num. 11. ff. de fideiussor.

Respondeo considerando Bartoli doctrinam, nam aut uis quod pragmatica sit inducta in odium tantum creditoris, aut fauore debitoris. Si primo casu loqueris, & tunc habeo intentum quod iuramentum seruari debet. Bart. in d. l. si quis pro eo. num. 10. si secundo casu loqueris, prout est casus noster, & tūc uerba pragmaticæ aut in rem, aut in personā loquuntur, si in rem, & tunc Bart. in d. l. num. 11. dicit quod contractus iuramento firmatus seruari debet, si in personam, & tunc licet Bartolus concludat quod contractus iuramento non firmetur, tamen contra Bartol. est communis opinio, ut dicunt, & firmant Alexan. in cons. 27. num. 9. cum seqq. & in cons. 125. sub num. 16. volumine primo, & Corn. in consil. 287. uolumine quatto, & sic quomodocunque te uoluas, semper, repeties quod contractus iste iuramento firmatur, & consequēter

non

non tenet supradictum fundamẽtum in quo Gramm.decis. 12.maximam vim faciebat.

Et si denuo dicatur quod dicta pragmatica introducta est fauore publicæ utilitatis, & ideo contractus factus cum filio familias non firmatur iuramento.Bartol.in d. l. si quis pro eo,num.8.

Respondeo quod licet pragmatica fauore publicæ vtilitatis introducta dicatur, tamen non dicitur principaliter introducta,sed secũdario, nam principaliter fuit introducta fauore filiorum familias,ne lædantur,& decipiantur,& in consequentiam fauore publicæ vtilitatis, & propterea contractus iuramento firmatus ualet. Bart.in d.l.si quis pro eo, num.9. quæ conclusio procedit etiam si statutum in personam dirigatur contra sententiam Bartoli ibi,quæ communiter reprobatur. Fernand. Vasq.in tract.de success.creat.lib.3.§.26.num. 41.cum seqq.& quod principaliter fauore filiorum familias sit introducta, & consequenter in fauorem publicæ vtilitatis in similibus terminis tradit Soc.in cons.77.nu. 16.uers. ad decimam,& nu.17.iuncto nu.11.in uers.10.& ultimo probatur.uol.1.

Et si adhuc dicatur quod dictum iuramentum est contra bonos mores,ex quo filij familias possent decipi,& ideo si ualeret daretur occasio committendi fraudes,& delinquendi contra l.contrauenire.ff.de pact. dotal. & l. in fundo.ff.de rei uendicat. & propterea non est obligatorium,reg. non est obligatorium,de reg.iur.in 6.

Respondeo negando contractum, & iuramentum super eo interpositum esse contra bonos mores,licet contractus fieri per Regiam pragmaticam prohibeatur,& ratio est, quia dicitur esse contra bonos mores, quod non firmatur iuramento quando improbatur a lege canonica, & consideratis bonis moribus secundum canones, vt declarant Bald. & alij in l.pactum.C. de collat. & in l. pacta quæ contra.C.de pact.& Io.de Imol in d.l.cum contingat. sed secundum canones nullibi reperitur hoc prohibitum, ergo non est uerum, quod sit contra bonos mores.

Nec obstat etiam si dicatur, quod ea facilitate,qua inductus fuit ad contrahendum,etiã inductus dicitur ad iurandum i.doli clausula. §.diuersum.ff.de nouat.

Quia respondeo quod hæc ratio non procedit interueniente iuramento propter reuerentiam,& auctoritatem sacramenti, vt patet in muliere, & minore iurantibus super contractibus,ut in d.auth. sacramenta puberum, & in d.c.cum contingat,et ita punctualiter dicunt.Alex.in cons.21.volum. 3. Paris.in cons. 97.nu 82.vol.1.et Soc.in d.cons.77.sub nu. 13. in uers.ad quartum.

Item non procedit quando nõ constat fuisse deceptum, et facilitate inductum fuisse ad contrahendum, nam tunc præsumitur deliberate,et non erronee iurasse. Archidiac. in c. quamuis,de pact.in 6.et Alex.in rub.ff. de verbor.obligat.in fin.

Et si adhuc dicatur, quod tale iuramẽtum primo est præstitum contra ueritatem, quia asseruit uiuere,et habitare seorsum a patre, et non erat uerum,igitur non tenet, cum iuramentum assertorium præstitum contra ueritatem non debeat seruari, ex quo sit potius periurium.Fulgos.in cõs.90. in fin. et Barbat. in consil.21. colum.2.volum.1.Secundo quia fuit præstitum in contractu a lege prohibito, & propterea non tenet.l.non dubium.C.de ll. & l.si quis inquilinos.§.fin.ff de leg. 1.

Respondeo duobus modis, & primo non esse iuramentum præstitum contra ueritatẽ quia uerum erat, quod uiuebat, & habitabat tunc temporis seorsum a patre.

Secundo hæc decisio Fulgos. & de directo contra tex.in l.5.C.si minor se maior.dix. & ideo reprobatur ut asserit Cardinal. Paris.in d. cons.97.num.71.& licet esset præstitum in cõtractu a lege prohibito,non per hoc sequitur, quod de iure canonico non debeat seruari, mulier enim prohibetur alienare fundum dotalem, quæ mulier nec ciuiliter, nec naturaliter obligatur.l si prædium.C.de iur.dot. Bart. in l.cum lex.ff.de fideiussor. & tamen iuramẽtum firmat contractum, ut in d.c.cum contingit. Similiter est prohibita donatio inter uirum & vxorem, & non oritur nec ciuilis, nec naturalis obligatio.l. 3. §. sciendum.ff. de donat. inter uir. & vxor. & l. si sponsus.§.si uxor.eod.tit.& tamen firmatur iuramento, ut communiter Bart.& alij Doctores concludũt in d. l. si quis pro eo. & Doctores in d.c. cum contingat. vbi Doctores ponunt plura alia exempla, & sic non obstat pro obseruatione iuramenti legis prohibitio.

Nec obstat si ultimo, alijs omissis, dicatur quod regia pragmatica requirit solemnitatem in contractu cum filio familias,nam vult quod non ualeat contractus sine consensu patris,nisi sit emancipatus, uel uiuat, & habitet seorsum a patre.ergo si hæc solemnitas,uidelicet consensus patris non interueniat,contractus iuramento non firmatur per ea quæ not. Bart.in d.l.si quis pro eo,in 8. casu,ubi uoluit, quod iuramentum non firmet contractum aduersus omissionem solemnitatis.

Respondeo quod dicta conclusio Bartoli procedit in solemnitate, quæ est firma essentialis intrinseca,de qua non agitur ad præsens, sed de solemnitate extrinseca, quæ requiritur in contractu propter dolum, & fraudem remouendam,ut & illa,quod contractus factus a minore ualeat sine consensu consanguineorum,in qua Bart.expresse tenet, quod iuramẽto firmetur etiam si statutum reprobet iuramentum,ut ipse ponit in l.omnes populi, circa med.ff. de iusti. & iu.& idem tenet Io. Andre.post Iacob.de Belui.in addi.ad Speculat.in tit.de sentent.§.ut autem,in magna additione, & est communis opinio, vt tradunt

Docto-

Doctores in d. c. cum contingat, & probatur hac ratione. Lex dicit debere seruari solemnitatem in alienatione rei minoris, uidelicet quod fiat cum auctoritate administratoris, iudicis, & causa cognita. l. magis puto. §. ne passim. ff. de reb. eor. tamen si alienatur fine dicta solemnitate, tenet alienatio cum iuramento, ut in dicta authent. sacramenta puberum est casus.

Ex prædictis constat pragmaticam non habere locum in contractu iurato, quicquid dixerit Gram. decis. 12. nam contra eam decisionem in fauorem contractus iurati initi cum filiosfamilias, hæc & alia considerans determinauit pluries sacrum Regium Concilium, ut attestatur Vrsill. in addit. ad decis. Afflict. decis. 308. quæ decisiones uti ultimæ, & magis ueræ sunt attendendæ.

Quæ conclusio in casu nostro est uerissima ex pluribus.

3 Primo. Quia per dictum Antonium Mariã fuit interpositum duplex iuramentum, & pragmatica locum non habet quando duplex iuramentum præstatur, licet loqueretur in contractu iurato, prout non loquitur. Et ratio est quia statutum loquens de vno iuramẽto non debet extendi ad casum in quo duo interueniunt iuramenta, cum sub simplicibus nõ comprehendatur casus mixtus in correctoriis, & exorbitantibus, ut tradunt Bartol. & alij in l. certi conditio. §. quoniam. ff. si cer. pet. & diffuse omnes in l. 2. in princ. ff. de uerbor. obligat. unde etiam si pragmatica loqueretur in contractu iurato, tamen non haberet locum quando duo interueniunt iuramenta. Sic in terminis tradunt Abb. in cons. 71. uol. 1. Paul. de Cast. in cons. 53. in nouis, uolum. 2. & Paris. in cons. 97 vol. 1. nec contra hoc Grammat. decis. 12. loquitur, licet narratiue dicat, quod aliquando, & quasi semper plura iuramenta in contractu interueniant.

4 Secundo, quia corporaliter præstitit iuramẽtum, iurando seorsum a patre uiuere, & habitare, & in isto casu non habet locum pragmatica, prout in simili concludunt Petr. de Anchar. in cons. 226. legitur in canone, colum. 2. vers. intelligam ego. Abb in cons. 71. quinque dubia. uol. 1. col. 2. uers. sed his non obstãtibus & uers. quinimo. Paul. de Castr. in cons. 141. uiris, & consideratis. Corn. in cons. 121. vol. 3. & Cardin. Paris. in d. cons. 97. nu. 16.

5 Tertio, quia cum iurauerit seorsum a patre uiuere non admittitur ad probandum contrariam, nisi saltem per instrumenta, & nõ per testes. Et ratio est quia Regia pragmatica nõ declarat quomodo sit probandum filium familias seorsum a patre non uiuere, & habitare, & ideo cum statuta generaliter loquentia redigantur ad intellectum iuris communis, & recipiant interpretationem passiuam datã a iure communi, per quam generalitas statutorum modificatur, & restringitur. Alexan. in l. 1. §. lex Falcidia. numer. 7. ff. ad l. Falcid. sequitur quod quando quis iurat seorsum a patre uiuere, & habitare, & demum contra formam iuramenti contrarium probare vult, nõ potest probare nisi per instrumenta, ex quo ita ratione iuramenti de iure communi est introductum. l. 3. C. si minor se maio. dixer. Et licet lex illa loquatur quando minor mediante iuramento se maiorem dixerit, tamen ex identitate rationis iuramenti, & similitudinis casus, idem est quando quis seorsum a patre uiuere iurat, & deinde contrarium vult probare. Et quòd lex ista trahi debeat ad casum nostrum, expresse elicitur ex Gramm. in dict. decis. 12.

Et quod hæc conclusio, ut uera ultra supradictam rationem probatur auctoritate Angel. in d. l. 3. vbi concludit, quod statutum Perusinum dictans circa cartam factam a minore 25. annorum non ualere etiam si iurauerit se maiorem, tamen hoc non obstante non admittitur ad probãdam minorem ætatem nisi per instrumenta, prout disponitur in d. l. 3. cũ statutum ad l. interpretationem passiuam recipiat, quam decisionem Angeli refert, & sequitur Paris. in d. cons. 97. num. 15. nec dicatur posse probari contrarium etiam per testes, cũ eandem vim habeant testes, quam habet instrumentum. l. in ex ercendis. C. de fid. instrumen. quia in casu nostro ob uirtutem iuramẽti specialiter est introductum instrumenta nõ habere eandem uim, quam testes habeant. d. l. 3. & ibi glos. & Doctores communiter, & sic apparet quod quatenus probatio in contrariũ admitteretur, esset solum per instrumenta admittenda, & non per testes.

Quarto est uerissima conclusio in casu nostro, quia dictus Antonius Maria tũc temporis habebat bona materna, in quibus pater uirtute testamenti materni non habebat usumfructũ ut apparet ex particula testamenti matris dicti Antonij Mariæ in actis producta, modo sic, dicta pragmatica non habet locum quando filius bona habet, in quibus pater nõ habet usumfructum, vt eleganter concludit

6 Carauita super pragmatica, ad senatus consultum Macedonianum. §. 11. num. 47. & super ritu Magnæ Curiæ Vicariæ. 201. num. 1.

Nec dicatur dictam limitationem procedere, quando pro dictis bonis contrahit, & occasione dictorum bonorum, prout Carauita in dictis locis, videtur annuere, quia respondeo, quod cum egebat pecunia, obligauit eius bona, quæ erant materna, quæ bona poterat obligare fine patris consensu, cum in eis pater vsumfructum non habebat, prout in d. pragmat. hoc est in § 11. numer. 50. Carauita concludit.

Præterea præsumatur mutuo accepisse dictam pecuniã occasione dictorum bonorum. glos. in l. 2. ff. ad Macedon. Vincent. de Franch. decis. 70. num. 2. & probatur in l. fin. C. ad macedon. ubi gl. dicit, quod hæc est præsumptio iuris, & de iure.

Ex

Ex prædictis apparet dictũ Antonium Mariam amplius non esse audiendum, sed contractum repræsentatum executioni demandari debere, nam cum non habeat ius, debet repelli a iudicio, quia exceptio tu non habes ius dicitur exceptio litis finitæ, & propterea opponi potest ante litem contestatam. Crauett. in cons. 182. num. 8. & in cons. 195. num. 7 2. Felyn. in c. super his, num. 18. de accusat. & Iacob. Menoch. in cons. 89. num. 74. ac etiam debet excludi omnino a limine iudicii ob exceptionem periurij, quæ agentem excludit. Anchar. in cons. 382. retento ordine, colum. vltima, uer. sed præterea in casu nostro. Rip. in c. ex parte, num. 2. de rescrip. Crauett. in cons. 7. num. 12. Socin. iun. in cons. 125. num. 3. lib. 3. & Iacob. Menoch. in cõs. 24. per totum, vbi plus dicit periurij exceptionem esse omnino annullatiuam iuris, & actionis, & audientiam impedire, & ideo per processum ad ulteriora reiectam, & sublatam non censeri.

Nec fundamentum fieri potest in allegata absolutione a iuramento, quia fuit obtenta obreptitie tacita veritate, ex quo narrat in impetranda absolutione, fuisse confecta duo instrumenta, & in eis præstita iuramenta, & tamen re vera fuit confectum solum vnum instrumentum, & in eo instrumento fuerunt apposita plura iuramenta, & absolutio fuit obtenta postquam conuentus fuit citatus ad respondendum super tenore instrumenti, & sic post litem motam, ac post lapsum termini præfixi ad soluendum, & post incursum periurij, qua re absolutio a iuramento nihil rele-8 uat, nam ubi non fit mentio in impetranda absolutione de litis pendentia, absolutio nihil operatur. Afflict. decis. 220. & periurus non agit etiam obtenta absolutione, nisi prius a periurio incurso ob lapsum termini ad soluendum petierit absolutionem a iuramento. Afflict. decision. 220. & Alexan. in consil. 83. uolumine 5.

Immo cum in tempore non soluerit, dicitur incursus in periurium ante petitam absolutionem a iuramento, & ideo non potuit ipsam petere. Afflict. decis. 30. numer. 6. & decis. 31. Abb. in c. 1. extra de iure iur. & Alexan in d. cons. 83. num. 7. & cum in instrumento adesant plura iuramenta, debebat fieri mentio in impetranda absolutione de eis, alias absolutio impetrata a iuramento non tenet. Hyeron. Gratus lib. 2. responsor. In resp. 23. & in isto casu, quando quis est incursus in periurium ob solutionem in tempore non factam, tunc absolutio a iuramento etiam ad finem agendi, & excipiendi non potest impetrari sine partis citatione. Vrsill. in addit. ad decisiones Afflic. decis. 220. num. 14. ubi asserit hodie hanc esse ** magis communem opinionem.

Prout supra dixi, iuris esse censeo, & consulo, & ita prout consului extitit decisum per Dominum Iudicem Ciuitatis Aquilæ, & deinde per Dominum Auditorem Serenissimę Margaritæ ab Austria Iudicem secundarum causarum Ciuitatis Aquilæ, & post modum per Magnam Curiam Vicariæ, dum per remedium appellationis ibi præsens causa introducta fuisset.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Assertio socij criminis etiam in casibus exceptis non facit indicium ad torturam, amplia numer. 6. 7. 8. 9. & 10.*
2 *Assertio socij criminis ad hoc vt faciat indicium ad torturam plura requiruntur, & nu. 3. 4. & 5.*
11 *Familiaritas non præsumitur.*
12 *Confessio minoris absque curatore ei non nocet in criminalibus, & maxime petita per eum restitutione in integrum.*
13 *Confessio in tormentis facta sine indiciis nulla est, amplia num. 14.*
15 *Minor non potest torqueri.*
16 *Torqueri prohibitus si torqueatur, ei sua confessio non nocet.*
17 *Fuga dicitur facere indicium ad torturam, declara num. 18.*

Consilium XX.

CVm tortura illata fuerit uenerandis patribus Domno T. Domno F. & fratri F. quæ de iure inferri non poterat, non existentibus contra eos indicijs, decreueram in præsenti causa nullo pacto uelle scribere, considerans, & videns quod leges, & Doctorum auctoritates non sunt hodie in veneratione penes Iudices sanguinis humani sitibundos, nihilominus ad demonstrandum dictorum inquisitorum innocentiam, & pro defensione veritatis, volui has breues facere allegationes, considerans, quod Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis uir sapientissimus pro veritate, pioque totius congregationis honore declarabit iniuste fuisse quæstionibus submissos, & propterea uti innocentes fore absoluendos, reintegrando ipsos in eorum pristinum statum, & honorem.

Viso toto processu, inueni contra antedictos monachos non adesse nisi dictum fratris Adriani, qui in hoc sodomiæ delicto uti patiens se socium criminis facit, propterea uidẽdum est an dictum solum socij criminis faciat indicium ad torturam, & in specie in crimine sodomiæ, & conclusiue procedendo dico nullo modo facere indicium ad torturam, & hoc uerum esse ex infrascriptis apertissime demonstrabitur.

1 Communis est Doctorum conclusio, quod assertio socij criminis etiam in casibus exceptis non est sufficiens indicium ad torturam. Salycet. in l. final. C. de accusat. Marsil. in l. 1 §. Diuus Antoninus. ff. de quæstion. & in practica

ca sua in §. diligenter, num. 60. in sing. 209. & in cons. 2. num. 38. Alex. in cons. 89. volum. 3. in cons. 128. volum. 4. & in cons. 124. volum. 6. Aym. Crauet. in cons. 99. in fine. Ruyn. in consil. 147. volum. 5. Grammat. decis. 28. a numer. 13. vsque ad fin. Rolan. a Valle in cons. 73. nu. 20. volum. 1. Iulius Clarus in lib. 5. sentent §. fin. q. 21. vers. retenta, & in vers. sed quid in criminibus exceptis, & Hyppolit. Rimin in lib. consiliorum diuersorum, in consil. 105. num. 6. & ideo ad hoc vt faciat indicium plura requiruntur.

2 Primo quod adsint vltra assertionem socij criminis aliæ coniecturæ, & præsumptiones, vt præfati Doctores attestantur. Secundo, quod ultra dictam assertionem, & alias præsumptiones, qui se facit socium criminis sit

3 tortus, & quod in tormentis deponat. Marsil. in cons. 22. num. 22. in cons. 78. num. 14. & 15. & in practica sua in §. diligenter, num. 61. & in d. §. Diuus. Iul. Clarus in d. q. 21. in uers. scias, etiam, & Roland. a Valle in d. consil. 73. num. 22. & ratio est quia ex confessione delicti sodomiæ redditur infamis, & infamis contra aliquem non auditur sine tortura, ut est text. in c. illi qui. 5. q. 5. & tradit Cepoll. in cons. 61. colum. 2. in fin.

4 Tertio requiritur, ad hoc ut participi criminis credatur etiam in casibus exceptis, quod vltra alias coniecturas, uel quod ex numero testium, uel ex eorum qualitate uel ex persona eorum contra quos deponitur, uerisimile sit eos non mentiri. Alex. in cons. 89. colum. 3. in fin. uolum. 3. Marsil. in cons. 24. num. 13. & Rolandus a Valle in d. cons. 73. num. 25. quæ conclusio procedit etiam in casibus exceptis, & existentibus difficilis probationis. Thom. Grammat. in cons. 35. & in consil. 48. Marian. Socin. iun. in cons. 39. per totum, uolum. 2. & probatur in cap. in fidei. de hæretic. lib. 6. & in cap. licet Heli. & in cap. per tuas, extra de Simon.

5 Quarto requiritur ultra alia inditia, leuitas vitæ inquisiti, & eius mala fama, alias non facit assertio criminis inditium ad torturam. Andre. de Isern. in constitutionibus Regni, in const. si damna clandestina, colum. 11. & ibi Matth. de Afflict. Grammat. in cons. 15. num. 5. & uoto 3. num. 35. & Hyppol. Riminald. in lib. consiliorum criminalium diuersor. in consi. 105. num. 13.

6 Supradicta igitur cõmunis conclusio, quod assertio sola illius, qui se facit socium criminis sine antedictis requisitis non faciat indicium ad torturam, procedit etiam in omnibus criminibus exceptis, vt supra dixi, & in specie in crimine sodomiæ dicunt Hyppolit. de Marsil. in consil. 28. Grammat. in dicta decision. 28. sub numer. 14. Iulius Clar. in dicta quæst. 21. in uersicu. in hoc autem proposito, & Aegidius Boss. in suo tractatu criminali, in titu. de indic. & considerat, ante tortur. numero 160.

7 Immo etiam si in tormentis confessus fuisset solus socius criminis non facit iudicium

8 ad torturam. Grammat. in cons. 21. per totum, quæ conclusio indubitanter procedit quando socius criminis est periurus, nam tunc non facit indicium ad torturam, etiam si in tortura confiteatur. Roland. a Vall. in cons. 16. nu. 19. & in cons. 73. num. 6. cum seqq. uolum. 1. Marsil. in cons. 78. num. 11. & Ruyn. in consil. 147. colum. 2. in fin. vol. 5. & Ratio est, tum quia testi uario non creditur. l. qui falsa. ff. de testibus tum quia non statur dicto periuri. capit. testimonium, de testibus, & c. sicut nobis, de testamen.

9 Hęc conclusio de mente omnium tanto magis locum habet, quando probatur bona fama inquisitorum, nam ea in totum, & per totum elidit indicium istud socii criminis. Alexan. in cons. 89. num. 2. volum. 3. Grammat. in d. decis. 28. numer. 17. & 18. Roland. a Valle in d. cons. 73. num. 34. & in d. cons. 16. num. 24. & Ludouicus Catus in libro criminali diuersorum, in cons. 99. nu. 23.

Et licet soleat dici quod socius criminis in occultis admittatur, & fidem faciat in quibus verisimiliter per alios non potest haberi plena probatio. Doctores in c. quoniam contra, de testib. & ideo cum simus in crimine sodomiæ, quod delictum occulte fit, & de eo verisimiliter per alios nõ potest haberi plena probatio, uidebatur dicendum, quod dictus frater. A. qui se facit socium criminis admittatur contra dictos inquisitos.

10 Respondetur quod antedicta conclusio procedit quo ad alios diuersos, & non contra illos, cum quibus asseritur aliquid commisisse, ut est in casu nostro, nam tunc non est uerum, quod socius criminis admittatur, ita notanter tradunt Marsil. in cons. 102. numer. 7. Grammat. in cons. 59. nu. 15. & 16. & Ludouicus Catus, in d. cons. 99. num. 25.

Ex prædictis apparet, quod antedicti monaci non poterant torqueri, nam contra eos ultra dictum fratris Adriani non aderant aliæ præsumptiones, & coniecturæ nec concurrebat, nec concurrit leuitas uitæ, & mala fama inquisitorum, & habita consideratione ad qualitatem ipsius Fratris Adriani, qui est minor decem, & octo annorum, eius dicto in iure non creditur. l. in testimonium. ff. de testib. qui est malæ uitæ, conditionis, & famæ, & est periurus, & varius, habita etiam consideratione ad dictos monachos qui sunt sacerdotes, bonæ vitæ, & famæ, ac conditionis, uerisimile est ipsum fratrem Adrianum mẽtiri, & tunc

11 magis apparet eius dictum esse in uerisimile, & falsum, quia non apparet nec quoquo modo reperitur probatum de aliqua amicitia, conuersatione, & familiaritate ipsius fratris Adriani cum dictis monachis, & in dubio non præsumitur. l. ex quacunq. ff. de publica. & maxime cum sit facti, & ea quæ facti sunt non præsumuntur. l. in bello. §. factæ. ff. de

capti.

capt.& postlim.reuers.si ergo non apparet de aliqua amicitia,seu conuersatione,quomodo verisimile est ipsos monachos cum dicto fratre Adriano huiusmodi delictum commisisse. Est igitur eius dictum in totum inuerisimile, quod apparet esse verum, cum sit vanus, & periurus; nam in prima confessione cum iuramento vnum fatetur,in secunda depositione similiter cum iuramento facta dicit contrarium ab eo,quod antea in prima depositione dixerat,in tertia in tortura facta variat ab omnibus depositionibus, vt ex lectura ipsarum depositionum est videre, & optimè est probata bona fama dictorum inquisitorum,ergo non est dubium quòd dictum fratris Adriani etiam in tortura nullo pacto facit iudicium ad torturam contra dictos monachos, & quod non faciat iudicium probatur etiam ex duobus.

Primo,iste frater Adrianus erat, & est minor decem, & octo annorum, & Prior fecit eum confiteri in prima depositione sine auctoritate curatoris,& demum omnia acta sẽper contra ipsum facta fuerunt sine curatore. Petitum fuit pluries ipsum esse restituẽdum in integrum, quod denegatum fuit, & ideo omnes confessiones ipsius sunt nullæ, & ipsi non nocent, etiam absque aliqua probatione alicuius erroris. ita singulariter dixit Ang. in l.certum §.in pupillo. ff.de confess. & Angelum sequuntur Alex.Iaso.in l.nam & postea. §.si minor.ff.de iure iur.Alexan.in consi.116. volum.3.& in cons.80.vol.7.Ias.in l. error. in vers.quarto limita.C.de iur.& fac.ignor.Marsil.in singul.445.& in consi.150 num.25. Roland.a Valle in consil.51.nume.34 cum seqq. volum.1.Mattheus de Afflict. decis. 208. vbi attestatur ita per sacrum consilium decisum fuisse. Prima enim confessio fuit sine curatore,quæ sibi non nocebat, cum fuerit petita aduersus dictam confessionem restitutio in integrum,in secunda confessione nihil dixit, iudicia contra ipsum de huiusmodi delicto non aderant,quomodo igitur potuit sine iudiciis torqueri? vtique minimè,& propterea confessio facta in tormentis sine indiciis est nulla,& penitus inualida,& nullum operatur effectum.glo.est in l.pen.& ibi plenè Barto.& omnes.ff.de quæstion.Alex.in cons. 179 vol. 2.imò confessio ratificata in hoc casu nihil nocet, cum confessio extorta absque legitimis indicijs etiam perseuerata, & ratificata non obstet inquisito torto.gloss.est singular. & ibi Bar.in l.1.ff.de quæstion.Alex.in cons.5.uolu. 1.in consi.52.volum.3.& in cons.142.volu. 2. ex quo semper præsumitur subesse eadem causa iusti timoris,& ideo non tenet talis confessio.Alex.in cons.93.volum.1.& Gramma. in cons.16.numer.10.cum seqq.Si igitur confessio prima, & vltima in tormentis extorta non nocet ipsi fratri Adriano.l.clarum. & ibi Doctores C.de auctorit præsta.quomodo potuit, & potest nocere dictis monachis,contra quos non adest nisi dictum inualidum ipsius fratris Adriani? certè nullo modo potuit, nec potest nocere.

Secundo antedicta conclusio probatur. Certum est in iure quòd minor non potest torqueri,vt dicit Ang.de Aret.in tract. malefic.in vers.fama publica.car.16.vers.sexto quæro,sed debet tantum ferula cedi.l.excipiuntur ff.ad Sillan.& facit tex.in l.1.C.si aduers.delic. idem tenent Bart.in l.de minore. ff de quæst. glo.& Bald.in l.fi.C.de his quib.vt indig. Ioã. de Anan.in c.1.col.pen.de delic.pueror. Paris de Put.in tract.syndicat.car. 101.circa fi.Guid. de Suzar.in suo tracta.de quæstion.& tortu.1. colum.vers.excipiunt.Gandin.in tract. maleficio.sub rub.de quæstion.& torment.8.car.1. & 3 colum.& Marsil.in l.edictum.ff. de quæstio. vbi dicit minorem solùm in crimine læsæ Maiestatis posse torqueri. Sed prohibitus de iure torqueri,si tortus confitetur,talis confessio non tenet.arg.glo.singul.in l.pen. ff.de quæstion.ita tenent Bald.in l.Imperator. la 2. ff de statu homic.& Marsil.in l.pen ff.de quæstion.& in suo sing.179.incip. viget communiter statutum. ergo confessio istius fratris Adriani etiam in tormentis facta sibi non nocet.cum igitur sibi non noceat,non potest dictis monachis inquisitis nocere.

Nec dicatur contra Domnum Theophilum adesse etiam eius fugam à carceribus monasterij existentis in Vrbe Romæ,quæ fuga dicitur facere indicium ad torturam secũdum communem opinionem, vt attestatur Ias.in l.admonendi in lectura num.89.ff.de iure iur.& Iulius Clar.in lib.5. sententiarum. §. fi.q.21.in vers.fuga delinquentis.

Quia respondeo, quòd si aufugit de carceribus vnius monasterij,tamen aufugit vt se in carceribus de directo alterius monasterii eiusdem ordinis poneret, causa suam probandi Innocentiam, pro vt se posuit, in quo monasterio per commissarios ibi deputatos per Illustrissimos, & Reuerendissimos Cardinales Carrafam, & Aragoniam erat hæc causa uidenda ideò non dicitur aufugisse,& ex illa fuga nullum resultat indicium. Cæpoll.in cons. 31.colum.pen.vers.decima & vltima. & Boe. decis.215.num.27.quæ conclusio probatur in l. qui cum vno. §. edicta.de re milit. vbi Iurisconsultus dicit,quòd non refert cui se in carceribus offerat,& ideo in quocunque loco in carceribus aufugiens se ponat remouet indicium quod ex fuga resultare posset.

Et de innocentia fratris Thomasi apparet ex vltimo dicto ipsius fratris Adriani,facto in tortura, vbi confitetur dictum fratrem Thomasum esse innocentem, cui dicto, & non primo non iuridicè, & extra torturam facto, creditur quò ad ipsum fratrem Thomasum tantum,vt tradit Iulius Clarus in lib 5.sententiar.§.fi.q.53.vers.quartus est casus. Alexand. in cons.61. vol.1.& probatur in l.si postulauerit.§.sed & si negauerit.vbi Bar.ff. de adulter.

Ex prædictis igitur apertissimè patet, quod prædicti monachi nullo pacto poterãt torqueri, cum igitur fuerint torti, nescio qua ratione conueniens est, ut declaretur malè fuisse quæstionibus submissos, & esse innocentes, reintegrando eos in pristinam famam, & in eorum antiquum honorem, & ita consulo, & iuris esse censeo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Testis, cui iniuria illata fuit, non probat.*
2 *Suspectus de odio repellitur à testimonio.*
3 *Idem iudicandum est de inimico vero, quod de præsumpto.*
4 *Gener non potest deponere de iniuria facta socero in offensam aliorum.*
5 *Iniuria facta vni de consortio, omnibus facta dicitur, amplia nu. 6.*
7 *Affines in causa criminali pro altero affine testes esse non possunt.*
8 *Testis dicens se ab aliquo fuisse vulneratum repellitur tanquam capitalis inimicus.*
9 *Pauper, & vilis non probat.*
10 *Numerus supplet defectum testium. declara numer. 11. & 12.*
13 *In delicto nocturno testes inhabiles admittuntur. declara nu. 14. 15. & 16.*
17 *Testes inhabiles sine tortura non faciunt iudicium ad torturam.*
18 *Testes inhabiles per se soli non faciunt indicium ad torturam sine præsumptionibus.*
19 *Quodlibet indicium debet probari ad minus per duos testes.*
20 *Testes inimici non faciunt indicium ad torturam.*
21 *Pro homicidio non sequuto effectu imponitur pæna extraordinaria.*
22 *Pro insultu facto cũ armis imponitur pæna pecuniaria*
23 *Committens plura delicta diuersi generis eodem tempore, tendentia ad eundem finem punitur solum pæna maioris delicti.*
24 *Tortura pro violentia priuata non potest inferri, nec pro violentia publica. nu. 25.*
26 *Quæ sit pæna violentiæ publicæ.*
27 *Capitulum Regni, quod incipit tormenta, quomodo intelligatur.*

Consilium XXI.

Diuino implorato præsidio. Viso longo, & laborioso processu fabricato per Curiã ad querelam T. contra. F. qui in domũ ipsum T. interficiendi causa iuisse præsupponitur. de tribus pro resolutione huius causæ dubitare contingit. Et primo an ita, & taliter delictum probetur, vt ipse F. condemnari possit. Secundo, an si delictum non probetur, adsint indicia ad torturam sufficientia. Tertio, & vltimo an simus in delicto, in quo de iure tortura inferri possit, & in isto quæsito, quod delictum sit istud, quod præsupponitur per F. cõmissũ, uidebimus, & quæ pęna pro dicto delicto de iure imponẽda ueniat. Quib. Deo dãte resolutis, licet tota præsẽs cõsultatio resoluta.

Et circa primũ quæsitũ conclusiue procedendo dico quod delictũ non probatur, ita & taliter quod ipse F. condẽnari possit, quod uerũ esse hac consideratione demonstratur ex informatione per curiã capta constat delictũ in domo ipsius M. contra ipsum. T. commissum in media hora noctis in circa. Ex depositionibus ipsius. F. cõstat in media hora noctis incirca ipsum fuisse in domo. A. & continuè ibi cũ candela accensa in eius manib. interfuisse toto tẽpore, quo medela vulneri illato. P. adhibebatur, quod vulnus in media hora noctis illatũ probatur. Similiter in processu constat medicos iuisse in domo dicti. A. in media hora noctis in circa, & cũ vulnus illatum dicto. P. esset lætale, & maximi momenti, credendũ est ibi medicos in medendo ad minus per spatium mediæ horæ fuisse. His sic præmissis nõ potest esse, nec verisimile extat quod ipse. F. hmõi delictum commiserit; nam si delictum in media hora noctis commissum probatur, quomodo ibi ipse. F. interuenire potuit, cũ eo tempore esset in domo. A. & per totum tempus, quo medebatur. P. ibi interfuit cũ candela accensa in præsentia medicorum, & astantium? certè hoc non potest stare. arg. l. optimam. C. de contrah. & comm. stipul.

Et si dixeris, negatiuã istam non esse ita articulatam & probatam, vt stare non possit delictum per ipsum. F. non fuisse commissũ, sed ex articulatis, & probatis oprimè constat delictũ cõmissum fuisse sine consilio, & inuocatione hominum, sed potius ex quodam furore iuuenili, & ideò cum per sex testes probetur ipsum. F. in domo. M. iuisse, & uoluisse magnificum. T. vulnerare, seu interficere, nõ est opus disputatione, cum simus in claris, & testes sunt Maximus, & Ioan. Bapt. Achilles, Stephanus, Iosephus, & Alexander.

Respondeo quod isti sex testes examinati contra. F. non probant, & de iure nullã faciũt fidem, & quod hoc verum sit discurramus omnes testes, & primo Maximum, qui de iure propter tria non facit fidem.

Et primo, quia ipse Maximus fatetur insultum cum armis in eius domo per ipsum. F. factum fuisse tempore, quo ipse vna cum aliis erat in gaudio, tripudio, & lætitia, ex quo insultu sibi atrox, & grauissima iniuria illata fuit, prout id, vltra quod ipse in sua depositione fateatur, probat tex. in §. atrox. inst. de iniu. in l. prætor ait. §. fi. & in l. lege Corn. ff. de iniur. quæ atrox iniuria dicitur grauissimam inimicitiam parare. Bar. in l. 3. §. fi. ff. de adim. leg. & 1 ideo ipse in hac causa criminali contra Fabiũ repellitur à testimonio ferendo, & eius dictũ nullam facit fidem, prout consulendo tradit Alex. in cons. 99. uol. 1.

Secũdo, quia propter insultũ in eius domo factũ, & pp grauissimã, & atrocem iniuriam sibi

sibi illatam, vltra quòd sit verè odiosus, & inimicus ipsius. F. est etiam suspectus de odio, prout est notórium, ergo eius dictum contra. F. non probat, cum satis sit, quod quis sit suspectus de odio, vt repellatur à testimonio in causa criminali. Innoc. in c. cum. p. exr. de acc. ad fi. & facit tex. in c. inquisiti. eo. tit. de accus.

Tertio, & vltimo non facit fidem, quia inter Maximum, & F. subest causa inimicitiæ, cum ipse deponat. F. in eius domum armata manu cum sociis introisse uulnerandi, seu interficiendi causa. T. & ideo grauissimam, & atrocem iniuriam sibi illatam fuisse, ergo eius dictum non facit fidem, quia quando subest causa inimicitiæ inter testes, & partem contra quam deponunt semper repelluntur testes, licet aliter non appareat de inimicitia, etiam si ipsi testes faterentur nullam habere inimicitiam, cum idem iudicandum sit de inimico 3 vero, quod de præsumpto. & maxime in recipiendo, & in adhibendo testibus fidem. Inn. in c. cum te. ad fin. de re iud. arg. c. 11. & seq. 3. q. 5. Bal. in l. præscriptione. C. si contra ius vel publ. vtil. Saly. in l. 1. in prin. ff. de testib. & in auth. si dicatur. C. de testib. Alex. in cons. 99. nu. 2. uol. 1. & in cons. 127. num. 19. uol. 4 Hypp. de Marsi. in sing. 178. & in l. 1. §. præterea. num. 3. ff. de quæstio. Ias. in l. sororem. C. de his quib. vt indig. & in cons. 167. uol. 4. & Grammat. in cons. 45. nu. 16. & 18.

Ex superioribus igitur rationibus constat ipsum. M. contra. F. nullam facere fidem licet præsupponere uelimus. F. in eius domum introisse uulnerandi, seu interficiendi causa ipsũ. T. ut in simili tradit Grammat. in d. consil. 45. num. 16. & probat tex. in l. lex Cornelia. & in l. prætor ait. §. fi. ff. de iniu. & in §. atrox. Inst. eo.

Ioannes Baptista secundus testis non facit fidem propter rationes supra narratas in repellendo Maximum, cum ipse sit frater utriusque coniunctus Maximo, & domus in qua insultus factus fuit, erat & est cõmunis, & pro indiuiso cum dicto Maximo, adeo quod ipse etiam ultra quod sit inimicus ipsius F. est etiam suspectus de odio, & subest causa inimicitiæ inter ipsum & F. propter grauissimam, & atrocem ex dicto insultu iniuriam sibi etiã illatam, & tanto magis, cum ea nocte propter dictam causam quando ire uolebat ad associãdum dictum. T. à milite Curiæ ad mortem fuerit cum archibusio acriter uulneratus, adeo quod tanto magis est suspectus de odio, imo tenendus est odiosissimus, & subest causa inimicitiæ, imò habendus est inimicus contra. F. reum inquisitum, & cum iniuria illata sit ex d. insultu Maximo, etiam ipsi Ioã. Baptistæ eius fratri illata censetur, & ideo eius dictum reprobatur, & nullam facit fidem. d. l. lex cornelia. & ibi Bar. & tradit Bal. in l. 1. C. de rap. virg.

Et licet ista inimicitia uera, seu præsumpta, seu odium uetum seu præsumptum sit causata seu causatum ex causa F. ut præsupponitur, non tamen per hoc sequitur, quod dicti Maximus, & Ioannes Baptista sint idonei, & fidẽ faciant. ut no. Bal. in l. athletæ. §. danr remissio nem. ff. de excus. tut. idem tenent Bar. in l. sed & si quis. §. illud. ff. si quis caut. & in l. 2. §. sed si agant. ff. de iudic. Ant. de Butr. in c. ueniens. el. 2. de sponsa. Io. Andr. in c. fi. de test. & Alex. in d. cons. 99. sub nu. 3.

Achilles, & Stephanus alii duo testes cõtra F. examinati similiter non probant ex plurib.

Primo, ex defensionibus factis per F. cõstat ipsos Achillem, & Stephanum esse generos ipsius Maximi, cui præsupponitur iniuriam per. F. illatam fuisse, modò sic, generi non pos- 4 sunt deponere de iniuria facta socero in offensam aliorum, gl. & tex. in l. lege Iulia. & in l. in legibus. ff. de testib. gl. in l. testis. ff. eo. & tradit Boss. in sua pract. crimin. in tit. de opposit. contra testes nu. 105. sed isti sunt generi Maximi, & de iniuria ei illata deponunt in offensam. F. ergo non probant.

Secundo non faciunt fidem, quia ipsi erant 5 etiam in eo consortio, nam iniuria facta uni de consortio dicitur facta omnibus. Bart. in l. cum scimus. nu. 4. C. de agric. & censit. lib. 10. ergo cum eis etiam iniuria illata censeatur, non est dubiũ quod non probant, quæ ratio confirmatur, iniuria. n. facta uni de agnatione omnib. facta censetur, dicta l. Cornelia. quę cõclusio non solum procedit in agnatis, idest in illis, qui sunt de casata, sed etiam in cognatis, & affinib. cum ẽt ipsis iniuria facta censeatur, 6 & ideo non probant, vt eleganter tradit Alex. in cons. 24. num. 19. uol. 2. & ideo uidentur, & dicuntur in causa propria testificari. Gramm. in cons. 45. nu. 3. Cum igitur Achilles, & Stephanus sint affines Maximi, etiam ipsis ex dicto insultu iniuria illata censeretur, & ideo tãquam testes in causa propria nullã faciũt fidẽ.

7 Tertio, & ultimo non probant, quia affines in causa criminali pro altero affine testes esse non possunt. Corn. in cons. 171. nu. 19. uol. 2. Boss. in sua pract. criminali. in titu. de opposit. contra testes. nu. 105. & est communis opinio prout tradit Iulius Clarus in lib. 5. senten. §. fi. q. 24. in vers. quæro modo. Sed Achilles, & Stephanus sunt generi, & sic affines Maximi, & in causa criminali cõtra. F. de iniuria illata ipsi Maximo propter insultum in eius domo factum deponunt, ergo non probant.

Iosephus in eo insultu fuit uulneratus, prout ipse in eius depositione fatetur, ergo non probat, quia ex dicto uulnere illato sibi per F. prout ipse præsupponit, iniuria atrox sibi illata censetur. §. atrox. inst. de iniu. & atrox iniuria dicitur parare inimicitiã grauissimam, ut inquit Bart. in l. 3. §. fi. ff. de adimen. leg. et Bal. in cons. 118. uol. 3. sed testis inimicus repellitur à testimonio. c. repellatur. & ca. cum oporteat. de accusat. ergo iste Iosephus iuuenalis tan- 8 quam testis nullam facit fidem, & tunc est, quod testis dicens se ab aliquo fuisse vulneratum, repellitur tanquam inimicus capitalis.

Alex.in conf.99.volum.primo. Marsil. in l.1. §.præterea. colum.6. verf. item inimicitia capitalis.ff.de quæstion.& in consi.20. num.28. Crauet.in consi.99. colum. 2. vetfic. fecundo repelli debet, & Rolandus à Valle in consil. 24.numer.29.volum.primo.& in conf.27.nu. 11.volum.3.

9 Alexander fextus teftis fimiliter non probat,quia ex defenfionibus per F.factis conftat effe pauperem,& nihil poffidere in bonis, effe uilem,& mendacem luforem, & malæ uitæ,& conditionis,nam pauper, & nihil poffidens in bonis eft ipfo iure fufpectus.& in caufa criminali non probat. Alex.in conf. 15. vol. 3.& nifi probetur quòd pauper fit bonæ uitæ & famæ non probat. Gramm.uoto 22.nume. 8. Quod tanto magis procedit hæc conclufio, quando pauper eft uilis,mẽdax,& lufor,nam tunc fine difficultate non probat, cum iftæ qualitates hominem malæ uitæ faciant, prout tradit Ruyn.in conf.158.nume. 27.uol.5.& Gramm.in conf.17.nu.12. cum ergo ifte Alexander fit pauper,nihil poffideat in bonis, fit uilis,mendax,lufor,& malæ uitæ.& conditionis,fequitur quod nullam facit fidem.

Ex prædictis conftat teftes contra.F. non facere fidem, & ideo ex eorum dictis iudex ad condemnationem procedere non poteft, & fi dixetis quod licèt quilibet ipforũ non probet,tamen oẽs fimul probare dicuntur, cum

10 numerus fuppleat defectum teftium,ut uult gl.in l.3.§.1.in uerbo,numerus.ff.de teftib.

11 Refpondeo dupliciter, & primo, nam illa propofito,quod numerus fuppleat defectum teftium non procedit In caufa criminali,Hyppolyt.de Marfil.in fua pract.crim.in §.expedita.nu.82.Dec.in conf.133.nu.6.Ruy. in confi. 149.nu.37.uol.5.Gramm.in confi.26.numer. 51.& 52.in confi.45.numer.30.& in decil.11. Bal.in c.ad noftram.in princ.de probat.Iafo.in auth.fi vero.col.2.C.de iudic.in l.fi quis ex argentarijs.§.cogentur.col.pen.ff.de eden. & in l.1.in prima lectura.col.fi.C.de fumma Trin. & fide catho.& Hypp.de Marf.in conf.109.& fing.477.

12 Secundo refpondeo, quod non procedit quando omnes teftes funt inhabiles, nã tunc numerus non fupplet defectum teftiũ. Marc. Ant.Natta in conf.522.num.9.uol.3.Sed in cafu noftro omnes teftes funt inhabiles, ut demonftratum fuit. ergo non eft uerum, quod in cafu noftro numerus fuppleat defectum teftium.

13 Et fi denuo dixeris quod prætenfum delictum de nocte commiffum fuit,& in domo, & ideo inhabiles admitti debent. iuxt. l. confenfu. §. fane. Cod. de repud. refpondeo dupliciter.

Primo dicta conclufio procedit quando ex natura illius actus,vel facti,alij teftes actu, & habitu ue rifimiliter non poffunt intereffe,fe

14 cus fi alij potuiffent adeffe,licet cafualiter nõ interuenerint,nam tunc teftes minus idonei non admittuntur,etiam fi alias veritas haberi non poterit. Butr.in cap.tertio loco. de proba. & in conf.24.Alex.in confi.64.volum. primo Dec.in confi.310.col.2.Ruyn.in conf.150.nu. 18. uolu. 5. ubi loquitur quando tractatur de probando actum, qui fit clam, & de nocte. Marfil.in confi.31.nu.33.in confi.41.nume.6. & in confil.80.nu.62.in fing. 73.& in l.infans. colum.fin.ff.ad leg.Cornel.de ficar. Neuizan. in conf.54.num.16.Grammat.in conf.45. nu. 11. & in confil.58 vbi loquitur de inquifito, qui de nocte ingreffus fuerat domum cuiufdam nobilis matronæ. & Roland.à Valle in conf.3.fub num.46.in uerf. fecundo principaliter.volu.3.fed in cafu noftro,cum in domo. M. ubi nuptiæ fiebant,actu & habitu potuerunt adeffe alij teftes, imo aderant, prout in proceffu conftat, ergo ifti teftes minus idonei,& inhabiles non admittuntur in cafu ifto imò cum in nuptijs in quibus fiunt faltationes concurrat populus,& cum ibi aderant,& adeffe poterant in ea multitudine gentium perfonæ honeftæ, fidei dignæ, & quibus lex adhibet fidem, & cum non per iftas perfonas delictum fuerit probatum, fed per teftes inhabiles, & non idoneos, ex hoc oritur maxima fufpitionis falfitas contra iftos teftes examinatos & productos per ipfum Iofephũ Rufticum,ficut in fimili dicit Bar.in l.admonendi.col.8.uerfi.item hoc intelligo uerum.ff.de iure iur. quod quando quis producit tantum vnum teftem fuper cafu,in quo uerifimiliter plures teftes poffunt concurrere, non defertur iuramentum fuppletorium, quia contra producentem tantummodo unum teftem militat falfitatis fufpitio.

15 Secundo dicta conclufio procedit quando ante omnia articulatum, & probatum effet, quod ueritas aliter haberi non poterat, aliàs teftes inhabiles admitti non poffunt. Alex. in d.con.64. Merfil.in conf.31.nu.33.& in confi. 80.nu. 62. Alc.in tractat.de præfumptio.in prima reg.præfumpt. 47. Plotus in l. fi quando. nu.149.C.unde ui.Roland. à Valle in d.conf. 3.nu.47.& Gramm.in conf.45.num. 9 & 10. & in conf.58.nu.4.item non procedit quando in caufa proceditur ad querelam partis. nam tunc teftes inhabiles non admittũtur. Gram. in d.conf.45.n.12.fed in cafu noftro non eft articulatum, & probatum quod aliter per alios teftes ueritas haberi nõ poterat, & proceditur ad querelam partis,ergo ifti teftes inhabiles, & minus idonei non admittuntur.

16 Tertio refpondeo,& ultimo quod dicta cõclufio procedit qñ funt inhabilitates ex defectu perfonæ,feu infamiæ,feu criminis,aut ętatis,aut fexus,& fimiliũ,fed nõ procedit quando teftes funt inhabiles,quia funt partes principales,& iniuriati,aut inimici,nam tunc inhabiles non admittuntur.Gram.in d.conf.45.n. 19.itẽ fciendum eft quod teftes inhabiles,qñ admittũtur nõ faciunt probationẽ,fed folum qualẽ qualẽ probationẽ. glo. in l.et matris. C.

de

de probat. & Grammat. in d. consil. 45. nume. 25. sed in casu nostro testes sunt inhabiles, quia sunt partes principales, iniuriati, & inimici, vt supra demonstratum fuit, ergo in casu nostro nullo pacto admittuntur.

Ex antedictis clarissimè constat Dominũ Iudicem non posse F. condemnare cum delictum prætensum non sit per testes idoneos, & fide dignos probatum, & resoluto isto primo dubio, condescendo ad secũdum, in quo concludo non adesse inditia ad torturam sufficientia, cum testes examinati neque etiam in casu nostro faciant probationem, saltim quo ad torturam, quod verificatur ex tribus potissimum.

17 Primò, testes inhabiles sine tortura non faciunt indicium ad torturam. Gram. in consi. 70. num. 10. & probat text. in l. ob carmen. §. si ea rei. ff. de testib. ergo isti testes sex examinati contra F. sine tortura non faciunt iudicium ad torturam.

Secundo, testes inhabiles per se soli sine præsumptionibus non faciunt indicium ad 18 torturam gloss. in l. etiam matris. ff. de proba. Alex. in consi. 64. volum. 1. & Boss. in sua praci. criminali in titu. de indic. & considerat. ante tort. num. 150 sed isti testes sunt inhabiles, & soli sine præsumptionibus, ergo non faciunt indicium ad torturam, & si dixeris quòd adsunt duæ præsumptiones probatæ per Ioann. Paulum, & per Ioannem Franciscum respondeo, quod eis non potest fides adhiberi, cum quilibet ipsorum vnam dicat præsumptionẽ. ergo non probant. cum quodlibet indicium, 19 & quælibet præsumptio debeat probari ad minus per duos testes idoneos, gl. in l. pen. C. famil. hercisc. quæ communiter approbatur, prout dicit Rolandus à Valle in consi. 14. nu. 4. & 5. vol. primo, imò cum ex defensionibus F. constet ipsos esse viles, malæ vitæ, & conditionis nullum faciunt indicium, & tanto magis, quia isti, & omnes testes examinati contra Fabium sunt de falsitate suspecti, quod vltra dicta supra apparet, cum ita terribilis falsitas in hac causa facta fuerit in conficiendo fidem approbationis dictorum Ioannis Pauli, & Ioannis Francisci, sub nomine Syndici, & Massariorum vniuersitatis Castri R. qui massarij non fecerunt dictam fidem, pro vt in processu falsitatis apparet.

20 Tertiò, & vltimo, non faciunt indicium, quia omnes testes sunt inimici ipsius F. & ideo eis etiam quò ad indicium ad torturã non adhibetur fides. Marsil. in l. 1. §. præterea. col. fi. ff. de quæstion. Dec. in consi. 133. Io. Anton. de Nigris super capitulo Regni 260. quod est sub rubr. de syndicatu officialium, & Rolandus à Valle in consi. 24. nu. 27.

Circa tertium, & vltimum dubium dico, quòd nos non sumus in casu, in quo de iure tortura inferri possit. & quòd hoc verum sit probatur hac consideratione.

Aut Iudex prætendit F. puniendum esse de homicidio non sequuto effectu. Aut de insultu facto cum armis. Aut de violentia. Aut de omnibus simul.

Si igitur magnificus iudex prætendit F. de homicidio non sequuto effectu puniendum esse, & tunc pro hoc delicto, non potest tortura inferri, & ratio est quia pro dicto delicto nõ potest imponi pœna ordinaria, sed tantum ex 21 traordinaria, quę est pecuniaria, vel exilii. Grã mat. decis. 2. & decis. 38. Carrer. in sua practica criminali in l. obseruare curabis. §. homicidij. num. 8. & Iulius Clar. in lib. 5. sententiar. in §. homicidium in fi. sed pro delicto, in quo non venit imponenda pœna vltra relegationem non potest inferri tortura per c. Regni. quod incip. Tormenta. ergo pro hoc delicto tortura inferri non potest.

Si verò magnificus Iudex vult, & prætendit ipsum punire de insultu facto cum armis, 22 & tunc neque tortura inferri potest, cum pro dicto delicto non veniat imponenda nisi pœna pecuniaria, vt probatur in constitutione Regni, quæ incipit. Asperitatem. & tradit Carrerius in d. §. homicidium. nu. 10.

Si vero prætendit ipsum posse punire pro homicidio non sequuto effectu, pro insultu facto cum armis, & pro violentia, & tunc hoc non potest facere, quia committens plura delicta diuersi generis eodem tempore tendentia ad eundem finem punitur solum pœna 23 maioris delicti. gl. in l. quod crimine. in verbo plurima. C. de accusat. quam sequuntur communiter scribentes, vt dicit Marsil. in l. si in rixa. num. 15. ff. de sicar. & tradit Iulius Clar. in lib. 5. sententiar. §. fin. q. 84. in vers. alius est casus. cum igitur prætẽdatur quod F. commiserit plura delicta diuersi generis eodem tempore tendentia ad eundem finem scilicet ad vulnerandum, seu interficiendum, sequitur quòd non potest puniri nisi pœna maioris delicti, & non diuersis pœnis.

Si uero magnificus Iudex prætendit ipsum F. posse punire pro uiolentia, et tunc neque tortura inferri potest, & quòd hoc verum sit hac ratione probatur. violentia, aut est priuata, aut publica. si uis violentiam per F. commissam fuisse, vt prætenditur, esse priuatam, & tunc pro ea non potest torqueri. & ratio est quia per dictum capitulum Regni, quod incipit, tormenta. sancitur, quòd si pro delicto nõ venit imponenda pœna vltra relegationem, quis non potest torqueri. sed pro vi priuata non imponitur pœna vltra relegationem cum sit pœna tertiæ partis bonorum. l. f. ff. ad l. Iul. de vi priua. ergo pro dicta vi priuata tortura inferri non potest. & ita dicit Ioannes Antonius de Nigris in d. c. tormenta. num. 14. & quod ista sit uis priuata hac ratione probatur. Vis publica, & uis priuata hodie confunduntur, nam quod conuenit vi publicæ conuenit etiam vi priuatæ, & sic è contra, ut patet per text. in l 2. ff. ad l. Iul. de vi priua. vbi verba formalia sunt ista. Hac lege tenetur qui conuo-

catis hominibus uim fecerit, quò quis verberetur, pulsetur, neque homo occisus erit. & per text. in l. qui dolo. de vi public. vbi dicitur, quòd lege Iulia de ui publica tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur, pulsetur, neque homo occisus erit. Ecce quòd pro eodem delicto quis potest puniri pœna legis Iuliæ de vi publica, & pœna legis Iuliæ de vi priuata. & sic quod conuenit ui publicæ, conuenit ui priuatæ, & sic è contra, & quod statutum est per has leges in hoc casu, idem statuitur per alias leges vtriusque tituli in alijs casibus, vt discurrendo leges quisque considerare poterit, & ideo est in arbitrio iudicis ex qualitate facti à principio crimen, in quo interuenit vis intitulare de vi publica, vel de vi priuata, & quando hæc intitulatio non fit, & sumus in terminis proferendæ sententiæ, tunc vis est iudicanda priuata, & non publica, & pœna imponenda est pro vi priuata & non publica, vt in terminis probat text. in l. si præses. ff. de pœn. & hinc est, quòd vis non publica, sed priuata in dubio est iudicanda. Dec in l. hoc iure. ff. de reg. iur & hæc sententia fuit Iacobi Cuiacci in commentarus ad Iulii Pauli receptas sententias, tit. 26. ab l. Iuliam de ui publica, & priuata, quem refert, & sequitur Iacob. Menoch. in tract. de arbitar. iud. casu 394. nume. 8. sed in casu nostro à principio non fuit facta intitulatio per magnificum iudicem de vi publica, sed tantum de insultu, vt constat in processu, ergo vis ista, si ita appellari potest est iudicanda priuata, & non publica. Nec dici potest, quòd sit uis publica ex eo, quòd facta sit cum armis, cum publica uis illa videatur, quę cum armis fit, & priuata verò, quæ sine armis, quia hæc opinio reprobatur per Iacobum Menochium in d. casu 394. & iudicio meo bene, & optimè eam opinionem Menochius reprobat, nam vis priuata cōmitti dicitur, quæ fit conuocatis hominibus, quo quis verberetur, vel pulsetur. l. 2. ff. ad l. Iul. de vi priuat. sed verberati, & pulsari quis potest telo, vel fustibus, quæ armorum appellatione continentur. l. armatos. ff. ad l. Iul. de vi publ. & l. armorum. ff. de verbor. significat. ergo cum armis committitur etiam vi priuata. Item lege Iulia de ui publica tenetur si quis hominem dolo incluserit. l. qui cætu. ff. ad l. Iul. de vi publ. Item eadem lege tenetur, qui puerum rapuit. l. & eum qui. e o. tit. & eadem lege tenetur si magistratus aliter, quàm ius est iudicauerit. l. qui dolo. ad l. Iul. de vi public. ecce quòd in dictis casibus vis sine armis cōmittitur, & tamen vis publica appellatur, & ex his considerationibus hanc opinionem etiam reprobauit Robertus Aure. lib. 3. sententiarum iuris. c. 22.

Si magnificus Iudex vult commissam per F. vt prætenditur intitulare vim publicam, & 25 tunc licet Ludouicus Carrerius in sua practica criminali, in l. obseruare curabis. sub num. 179. Ioan. Anton. de Nigris in c. tormenta, & Grammat. voto 15. velint pro vi publica posse torturam inferri, qui mouentur ea ratione, quia pœna legis Iuliæ de vi publica est deportatio, & omnium bonorum amissio. §. item lex Iulia de ui. Inst. de publ. iud. gl. in l. qui dolo in verbo, aquæ & igni ff. de ui publ. & gl in l. 2. C. ad l. Iul. de vi publ. sed pœna deportationis est maior relegatione. gl. in §. cum autem. instit. quib. mo. ius patr. potes. solu. ergo cum ueniat imponenda pœna vltra relegationem habet locum tortura, vt probatur in d. cap. tormenta.

Tamen veritas se habet in cōtrarium, cum pro vi publica nullo pacto tortura possit inferri, & quòd hæc conclusio sit vera, hac demonstratur consideratione.

Pœna legis Iuliæ de vi publica olim erat a- 26 quæ, & ignis interdictio, & inconsequentiam omnium bonorum publicatio. l. qui dolo. in fin. & ibi gl. ff. de vi publ. & gl. in l. 2. C. ad l. Iul. de ui public. pœna interdictionis aquæ & ignis correcta fuit, & in eius locum successit deportatio. gl. in §. minor, seu media. Instit. de capit. dimin. & facit tex. in l. 3. ff. ad l. Iul. pecula. quæ pœna deportationis hodie non est in vsu Grāmat. decis. 23. num. 17. Ioan. Anton. de Nigris in c. contra effrenatas. num. 33. Roland. à Valle in cons. 38. vol. 1. Aymon Crauet. in consil. 18. num. 17. Cagn in l. ea sola. num. . ff. de reg. iur. Grammat. voto 19. Alex. in consil. 45. uol. 7. Imol. in l. 2 ff. de publ. iudic. & Menoch. in tract. de arbitrar. iudic. casu 330. & 394. nu. 16 & in eius locum successit, uel relegatio in insulam. Ioan. Anton. de Nigr. in d. ca. contra effrenatas, uel exilium, vel pœna pecuniaria. Guid Pap. q. 423. in fin. & Octauianus Cacheranus in decis. 105. num. 3. pœna autem publicationis omnium bonorum fuit sublata per auth. bona damnatorum. C. de bon. damnat. prout consulendo tradit Aym. Crauet in consil. 18. num. 17. & in consi. 224. num. 2. & ideò hodie pœna legis Iuliæ de ui publica est arbitraria. Corn. in consil. 175. volum. 3. Aymon Crauet. in consil. 18. & in consil. 224. & Iulius Clarus in libr. 5. sententiarum §. fin. quæst. 83. in uersi. in publicam. His sic præmissis probatur superior conclusio, pro crimine, pro quo non imponitur pœna vltra relegationem non potest inferri tortura, vt probatur in ca. regni. quod incipit, tormenta. Sed pro vi publica nō imponitur pœna vltra relegationem, cum hodie pro vi publica non possit inferri pœna nisi relegationis, vel exilij, vel pecuniaria, vt supra demonstratum fuit, ergo pro vi publica non potest inferri tortura.

Et si dicatur quod d. cap. regni intelligitur in eo verbo, vltra relegationem, idest vltra exilium, & ideo cum pro hoc crimine pœna relegationis imponi possit, quæ maior est exilio, debet posse per Iudicem inferri tortura.

Respondeo quòd d. c. a regni loquitur propriè in relegationem, & antequàm id probetur, est præmittendum quòd maxima differentia est

est inter relegationem & exilium, nam pro exilio interdicitur aliquis locus, & omnia alia loca sunt permissa. l. 2. in uers. ephesim exulantem. ff. de orig. iur. & pro relegatione conceditur aliquis locus, puta insula, & omnia alia loca sunt interdicta. toto tit. ff. de interdict. & relegat. item exilium propriè est aquæ & ignis interdictio. l. 2. ff. de publ. iudic. & relegatio propriè dicitur quando venit imponenda pœna præter mortem, seu aquæ & ignis interdictionem. vt dicit tex. in l 2. de publ. iudic. Hoc sic præmisso conclusionem supra firmatam sic probo. Aut d. c. volumus intelligere in exilio, hoc est quando unus locus interdicitur & alia permittuntur, & hoc non potest stare ex duabus rationibus.

Prima est, dictum c. regni, vti statutarium propriè, & strictè intelligi debet, l. 3. §. hæc uerba. ff. de negoc. gest. Bar. quem Doctores communiter sequuntur in l. omnes populi. ff. de iusti. & iur. sed d. capitulum regni loquitur in relegatione, & relegatio, & exilium differunt, imò sunt contrarij effectus, ergo intelligi debet propie in relegatione, & non in exilio.

Secunda ratio est, dictum capitulum introductum fuit in fauorem reorum, pro ut in d. c. dicitur, modo sic, si improprijando verba intelligeretur in exilio, & non in relegatione. sequeretur, quod introductum in fauorem in odium retorqueretur, cum magis reis fauorabile sit, quòd intelligatur in relegatione & nō in exilio, sed consequens dicere est absurdum l. quod fauore. ff. de ll. ergo absurdum est etiā dicere quod in exilio, & non in relegatione dictum capitulum intelligatur.

Aut d. c. uolumus intelligere in exilio propriè sumpto prout dicit Iurisconsultus in d. l. 2. ff. de publ. iudic. & tunc hoc facit pro nobis, quia si pro delicto non uenit imponenda pæna aquæ & ignis interdictionis non pot est inferri tortura, cum ergo in casu nostro non possit imponi pœna interdictionis aquæ, & ignis, pro ut supra demonstratum fuit, sequitur quod in casu nostro pro vi publica nullo pacto tortura inferri potest.

Et quod d. c. regni loquatur propriè in relegatione, & sic quod non possit tortura inferri nisi ueniat imponenda pœna vltra relegationem tradunt Bar. de Capua & Ioā. Anton. de Nigr. in c. regni quod incipit si iustè, numero 41. Carrerius in sua pract. criminali in l. obseruare curabis sub num. 179. in vers. pendet hec quæstio, an fustigatio sit maior relegatione. Grammat. in consi. 37. Capyc. in decil. 126. in fine. & Robertus Marant. in tractat. de ordin. iudic. in 4. parte principali. 2. distinctio. nume. 5. & 6.

Et per prædicta constat rationem per Carrerium & Ioannem Antonium de Nigris factam non esse veram, cum deportatio hodie non sit in vsu, & ipsi propriè loquuntur quando vis committitur congregatis hominibus, & ex cogitato insultu quo in casu volunt posse pro vi publica inferri torturam, verum ex supradictis patet hanc opinionem esse falsissimam, vltra quòd ipse F. non sit in hoc casu, cum propter defensiones per eum factas vel fatendum est ipsum non commisisse huiusmodi delictum, vel si commiserit fuit ex improuiso sine cogitatione, & hominum congregatione, sed ex quodam iuuenili furore prout in principio consilij dixi, & ita non esse locum torturæ in casu isto iudicatum fuit per excellentem Dominum Auditorem suæ altitudinis, licet ipsum F. in exilium extra Ciuitatem Aquilæ per quadriennium condemnauerit, quæ sententia nimis dura fuit, tum quia delictum non fuit per idoneos testes probatum, tum etiam quia ipse. F. carceratus extitit per biennium, & carcer licet detur ad custodiam, l. aut damnum. §. solent. ff. de pœn. tamen quando est ita longus, & causa potuit ante per multum tempus expediri, tunc minuit pœnam. l. si diutino. ff. de pœn. & ideò vel debuisset absolui, vel ad plus in exilium per annum condemnari. Et ita pro vt supra dixi consulo, & iuris esse censeo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

Ista causa per remedium appellationis introducta in magna Curia Vicariæ, & deinde in sacro Concilio sanctę Claræ fuit tam à magna Curia Vicariæ, quàm à sacro Concilio cōfirmata, & declaratum in tali casu locum non esse torturæ.

SVMMARIVM.

1 *Quodlibet indicium remotum debet probari saltim per duos testes, & nu. 3.*
2 *Minor 25. annorum in criminalibus non est idoneus testis.*
4 *Mulier in criminalibus de iure canonico non probat, & nu. 12.*
5 *Testis omni exceptione maior dicitur contra quē nulla exceptio opponi potest, & nu. 15.*
6 *Testis deponens inuerisimile non probat.*
7 *Plures præsumptiones coniunguntur ad faciendum vnum indictum ad torturam, sed contra num. 8. & primum declara nu. 9.*
10 *Vnicus testis de visu facit indicium ad torturam. declara nu. 11.*
13 *Affinis in causis criminalibus repellitur à testimonio.*
14 *Periurus repellitur à testimonio.*
16 *Contumacia & bannum faciunt indicium ad torturam declara nu. 17. & 18.*
19 *Minor non potest puniri pæna ordinaria, seu alia corporali, sed extraordinaria, etiam si pro delicto imponi posset pæna vltra relegationem, & mortis.*
20 *Pæna ordinaria quando ex aliqua causa puta minoritatis imponi non potest, tunc imponenda est pæna pecuniaria, vel exilij.*
21 *Pragmatica Regni, quæ incipit, & si verum sit minoribus. in tit. de minoribus. declaratur, & nu. 25.*
22 *Causa bonoris minuit pænam delicti.*
23 *Bona vita, & fama minuit pænam delicti.*

24 Pra-

24 *Præsentatio filij facta per patrem minuit pœnam ordinariam delicti.*
26 *Minor ætas probatur per consanguineos, vicinos, & per obstetricem.*
27 *Regijs Regiæ, seu Apostolicæ Cameræ prouisionibus est credendum, declara nu.28.*

Consilium XXII.

IN hac causa criminali, quæ vertitur inter F. quærulatum ex vna parte, & inter. I. quærelantem ex altera parte super prætenso insultu, nec non super quibusdam uulneribus de die illatis ipsi Iosepho animo ipsum interficiendi in domo Victoriæ, in qua domo A. interfectus repertus fuit, duo sunt principaliter uidenda, & primo. An cum delictum nonprobetur per veras, & concludentes probationes commisisse ipsum F. adsint indicia ad torturam, sufficientia. Secundo, an dato, & non cōcesso quòd adsint indicia, pro ut uerè non adsunt, simus in casu in quo de iure Regni tortura inferri possit.

Circa primum concludendum est non adesse inditia ad torturam sufficientia, & pro demonstratione huius conclusionis breuiter necesse erit super singulis indiciis discutere.

Primo indicium, quod per curiam adesse præsupponitur est, antimum in horto Ioannis Baptistæ vocatum fuisse, & incontinenti de eo conturbatum exijsse simul cum eius famulo, & cum antedicto. F. & deinde iuisse ad suam domum, ubi palium, & archibusium accepit, & incontinenti de domo exiuit. Istud indicium, (si hoc nomine appellare volumus) non probatur nisi per unicum & singularem testem, qui est Octauius, qui ultra quod est quindecim annorum, est testis de auditu, istud igitur indicium ultra quod nihil de per se concludenter probet, non est sufficienter probatum ex tribus.

1 Primo, quia quodlibet indicium remotum debet saltim per duos testes probari gl. in l. fi. C. fa mil. hercisc. & ibi Bar. Bald. & Paul. de Castr. Bart. in l. fi. ff. de quæstion. Salicet. in l. fi. in 3. q. C. de quæstion. Hippol. de Marsil. in l. 1. §. idem Cornelio. in l. unius. §. testes. ff. de quæstio. Ias. in l. admonendi. ff. de iure iurand. Alex. in cons. 5. num. 4. uolum. primo. Aegid. Bossius in suo tractatu criminali intitul. de considerat. & indic. ante tortur. numer. 18. & Iulius Clarus in libro 5. sententiarū m. §. fin. q. 22. ubi hanc esse communem opinionem attestatur.

Secundo quia testis super hoc indicio deponens est quindecim annotum, & minor 2 uiginti annorum in causa criminali non est idoneus testis, ut ptobatur in l. in testimoniū. ff. de testib. & tradunt Alex. in cons. 64. volu. primo. Marsil. in consi. 28. num. 15. in cons. 31. nume. 30. & in cons. 65. num. 31. & Roland. à Valle in cons. 24, nu. 66. vol. 1.

Tertio, quia est testis de auditu, & ideo nō ptobat. l. testium. C. de testib.

Secundum inditium consideratum à curia est, quòd antimus vna cum F. Octauio, & famulo ire uisus fuit uersus domum magnifici Marimpetri Dragonetti, quod indicium probatur solum per Ioannem Paulum Vincenij Stephani seruum, & famulum dicti Marimpetri, qui uilis & abiecta est persona, adeo quod tale indicium cum non sit nisi per unicum & singularem testem probatum, & per seruum, & uilem personam, non est dubium, quòd non dicitur de iure probatum, 3 nam Alcia. in cons. 455. num. 1. affirmat in iudiciis, & scholis esse canonizatam opinionem quod quodlibet indicium debet per duos testes probari, & Ioan. de Amic. in cons. 127. nu. 10. dicit se in ista conclusione non legisse contradictorem.

Tertium inditium est. Intra domum Victoriæ fuerunt auditi duo ictus archibusii, & ibi repertus fuit mortuus. A. & vulneratus Iosephus, & post istum rumorem auditum intra domum dictæ Victoriæ, de dicta domo uisi fuerunt aufugere tres iuuenes, & unus ipsorum aufugiebat cum ense euaginato, qui erat. F. antedictus. Circa hoc indicium animaduertendum est quomodo testes probēt. nam quod tres iuuenes uisi fuerint exire de dicta domo, & aufugere probatur per Dianam, per Pieram, & per Mattheum, quod unus ipsorum aufugeret, & exiuerit cum ense euaginato probant Diana & Mattheus, qui testes sunt inter se contrarii, nam Diana dicit, quod iste, qui aufugiendo exiuit cum ense euaginato erat sine barba, & Mattheus dicit, quod tunc incipiebat mittere barbam, quod unus ipsorum aufugeret, & exiret cum ense euaginato, & iste esset. F. deponunt Diana, quæ testis de uisu, Pieta, quæ deponit de auditu à Diana, & Beatrix, quæ similiter deponit de auditu à Diana. Ex antedictis appatet, quòd indicium uidelicet, quod inter illos tres iuuenes adesset. F. probatur solum per Dianam, quæ non probat ex tribus, & primo, quia est vnica, & singularis testis.

4 Secundo, quia est mulier, Mulier enim in criminalibus de iute canonico non probat. c. forus. in fi de uerbor. significat. & can. mulierem. 33. q. 6. quod ius canonicum ubi discrepat à iure ciuili in hoc Regno seruari debet. Corn. in cons. 261. num. 31. in fi. uol. 4. & Tobias Nonius præceptor meus in §. sed hæc quidem. sub nume. 4. in vet. s. octauo procedit. Instit. de testam. & quatenus seruaretur ius ciuile, quo iure mulier in criminalibus admititur. l. ex eo. ff. de testib. & tradit Alex. in cons. 11. num. 6. uolum. primo tamen eius dictum non dicitur integrum, & non dicitur testis omni exceptione maior, tum quia mulier, vt notabiliter dicunt Cæpol. in consi. 32. in 2. col. & Rolan. à Vall. in cons. 7. nume. 12. & 13. uol. primo, tum quia patitur multas exceptiones,

nam

nam est obstetrix, uilis, pauperrima, & odiosa omnibus de domo. R. ex causa cuiusdam homicidij perpetrati, ut dicitur à quibusdam de domo. R. in personam cuiusdam filij Nuntij affinis dictæ Dianæ, & testis omni exceptione maior dicitur contra quem nulla exceptio opponi potest. gl. in §. item uerborum. Inst. de inut. stip. gl. in c. 1. in uerbo minores. de cõsanguin. & affinit. Alex. in cons. 64. col. 2. uol. 1. & in cons. 72. col. pen. uol. 2. Dec. in l. 2. de reg. iur. Aym. Crau. in cons. 99. colu. pen. & propterea etiam si esset testis, quæ directè secundũ sensum suum deponeret de maleficio, non facit indicium ad torturam, tanto magis non erit quo ad torturam indicium remotum considerabile.

Tertio non probat, quia est contraria Mattheo Ioannis Alfonsij, cum Mattheus dicat, quod ille, qui exiuit cum ense euaginato inceperat mittere barbam, & Diana dicat quod erat sine barba, & quando essent in concursu cui magis fides esset adhibenda, tunc non est dubium, quod potius esset fides adhibenda dicto Mattheo, cum eius dictum à iure non sit improbatum Bar. in l. fi. ff. de fi. instrumen. Abb. in c. forus. de uerbor. signific. Felyn. in c. quoniam. in fi. de testib. Specul. in tit. de teste. §. post quam. uers. porrò & Alex. in consi. 236. uol. 6. & ideo cum potius ipsi sit fides adhibenda, apparet Dianam falsum deposuisse; nam. F. non solum tunc temporis erat sine barba, sed etiam ad præsens, & ideo uti falsum deponens nihil probat. l. qui falso. ff. de testibus.

Quartum indicium est. Fiscus enim præsupponit quòd post quando dicti tres iuuenes aufugerunt de domo dictæ Victoriæ uisi fuerunt aufugere in quatuor locis, & primo a latere domus antedictæ Victoriæ, quod deponit solum Beatrix, secundo à uia domus notarij Martij Mozzini, quod deponit tantum Lucia Ioannis, quæ dicit uidisse tres iuuenes fugientes, & unum ex eis cum ense euaginato, & dicit audiuisse à Maria Cicchi Petri unum ex eis fuisse. F. Tertiò uersus uenerabilẽ ecclesiam sanctæ Mariæ de Balneo, quod testificatur Antonia filia Federici, quæ asserit uidisse tres iuuenes fugientes, & unum ex eis cum ense euaginato, & deponit audiuisse unum ex eis esse. F. Quarto uersus uiam, quæ est uersus domum magnifici Ascanij Aliferi, quod deponit Gaspar Anselmi, qui dicit uidisse duos iuuenes fugientes, & unum ex eis cum ense euaginato, & sanguinolento, & unus ex eis erat F. quem cognouit. In illo quarto, & ultimo iudicio considerãdum est, quod in quolibet loco indicium probatur per unicum testem, & singularem, & contra. F. in tribus locis, ultra quod sint testes singulares, sunt testes de auditu, & sunt mulieres, qua propter indicium non dicitur, probatur, tum quia mulieres in criminalibus, & maximè in Regno non probant, ut apparet ex supradictis, & testis deponens in quatto loco uidisse tres iuuenes fugientes, & cognouisse unum ex eis fuisse F. ultra quod non probat, quia est singularis, deponit inuerisimile, cum dicat ipsum iuisse tunc temporis cum societate Corporis Christi inductum ueste, & uidisse cum maximo furore aufugere tres iuuenes à quadam uia, & inter eos. F. cognouisse, nam cum ipse esset distans, essetque indutus ueste, cum qua facies etiam cooperitur, licet sit aperta in loco oculorum, nec non transitus ipsorum esset cum furore, & quasi incontinente ob loci angustiam, impossibile est, quod potuisset cognoscere. F. ut ex experientia in eodem loco cognosci potest, & ideo non probat, cum testis deponens inuerisimile reddatur respectus, & ei fides non adhibeatur. Abb. in capit. quia uerisimile. in ultim. not. de præsumptio. quem sequitur Ias. in l. si extraneus. in 2. colu. de condit. caus. dat. & Mars. in cons. 31. nume. 19. & 27.

Nec dicatur ex mente partis contrariæ, quod dicta iudicia coniunguntur, quia singularitas testium coniungitur quando dictum unius coadiuuaret dictum alterius, & proinde si plures essent testes singulares de singulis indicijs deponentes, dicerentur quidẽ plures esse præsumptiones, quæ facerent, vnum indicium sufficiens ad torturam. Raph. Fulgos. in l. fi. C. famil hercisсun. Brun. in tract. de iudic. q. 2. primæ par. num. 4. & seq. & Blancus in tract. de iudic. numer. 367. vnde cum in casu nostro dictum unius testis coadiuuet dictum alterius, sequitur quòd dicta iudicia probata per testes singulares coniunguntur.

Quia huic considerationi respondetur, quod hæc conclusio non est uera, cum plura indicia probata per test es singulares, & sic in sua specie imperfecta, non coniunguntur ad faciendum vnum iudicium perfectum, & ad torturam sufficiens, cum quodlibet indicium debeat saltim per duos testes probari, & quod hæc opinio sit uera, & per consequens quòd sit falsa opinio Fulgosij probatur auctoritate, & ratione.

Auctoritate, ita tenet Bald. in l. si quis ex argentarijs. §. quid numer. 4. ff. de eden. quem sequuti sunt Alex. in consi. 180. num. 6. uol. 6. in consi. 13. num. 18. & 19. uolum. primo, & in consi. 11. uolnm. 4. Anton. de Butr. in c. licet ex quadam. de testib. Panorm. & Felyn. in c. cum causam. de probation. Hyppol. de Marsil. in rub. de probat. in l. de minore. §. plurium. & in l. unius. §. testes. ff. de quæstion. & in sua pract. crimin. in §. diligenter. in 2. & 3. col. & nume. 149. in consi. 18. in consi. 61. & in sing. 585. incip. probationes. Iaso. in l. admonendi. in 2. lectura. sub numer. 257. in uersic. istam conclusionem. ff. de iure iuran. Marian. Socin. iun. in consi. 39. num. 55. uol. 2. & in consi. 6. nume. 8. uolum. 4. Rolandus à Valle in consi. 16. num. 29. uolum. primo. Nicolaus de Neapoli in l. 2.

in

in prin.ff.de excusat.tutor.Petr.de Anchar.in consi.267.incip.uisa diligenter. Anton. Gabr. in suis commun.opinio.lib.1.de testib. concl. 2.nu.11.& Aegid. Bossius in suo tractatu criminali.in titu.de indic. & consideration.ante tortur.nu.19.cum seqq.ubi expresse reprobat opinionem Fulgosij,Bruni,& aliorũ,qui contra hanc conclusionem tenent, quæ conclusio indubitanter est vera quando testes non sunt multum notabiles, & sunt uiles, pauperes,& nullius qualitatis,prout sunt in casu nostro, nam duo testes deponentes de duobus indiciis remotis,ut sunt Diana,& Gaspar,sunt uiles,pauperes,nullius qualitatis, & ualde suspecti, ut patet tam ex informatione, quam ex defensionibus factis per ipsum F.circa alia indicia non est facienda vis,cum quodlibet ipsorum probetur per testem unicum,& de auditu, ideo in casu nostro hæc opinio indubitanter est uera,quæ hac ratione probatur.

Imperfectum ubi de per se nihil operatur, tunc duo,uel plura simul iuncta imperfecta licet ad eundem finem tendant, nihil faciunt, ita probatur in l.1.C.qui numer.tutelar.se excusant.& in l. spadonem. §. qui multa iura.ff. de excusat.tuto.ubi illa imperfecta tendebant ad unum finem, scilicet ad excusandum quẽ à tutela,& tamen non iunguntur, sed in casu nostro testis vnicus probans indicium remotum nihil operatur,quia non facit quale quale indicium,cum omne indicium probari debeat per duos testes,ut expresse ita tradit Bossius in præcitato loco num.19.ergo iste testes tanquam probans imperfectum non iungitur cum alijs testibus singularibus diuersa indicia imperfecta probantibus.

Corrobatur hæc ratio,nam quando singula in genere suo sunt imperfecta, & inefficacia,tunc quę singula non prosunt,nec vnita iuuant,cum quod imperfectum est nullum dicatur.§.ex eo.inst.quib.mo.testam.infirm.tradit Bal.in l.spadonem.§.qui multa iura. ff. de excusat.tutor.sed in casu nostro singula indicia imperfecta sunt in eorum genere, cum quodlibet indicium per unicum testem probetur, ergo vnita plura indicia imperfecta non iuuant.

9 Preterea conclusio Fulgosij quando esset vera,prout non est, procederet quando adesset defectus solum in singularitate testium,& non quando defectus adesset ex alijs causis, propter quas ius annullat dicta testium, nam eo casu quo ad faciendum indiciumnumerus non supplet defectum circa singularitatem testium, quia quod nullum est ex alio nullo suppleri non potest.l.maritus. ff. de quæstion. tradit Ias.in l.si quis ex argentariis. §. cogentur.sub num.11.& 12.ff.de edend. sed in casu nostro vltra singularitatem testium adsunt aliæ causæ per quas ius annullat dicta testium, vt supra in discursu indiciorum diximus, ergo in casu nostro conclusio Fulgosij non procedit.

Et si dixeris denuo de mente partis, quod supradicta procedunt, quando testes deponunt de indicijs ad maleficium, sed secus est, quando adesset unicus testis, qui directe de maleficio deponeret, & sic de veri-
10 tate,prout in præsenti casu deponit Victoria, nam tunc unicus testis facit indicium sufficiens ad torturam,vt notant gl.& Cyn. in l.3. C.ad l.Iul.maiest.Bar.in l.maritus, & in l.fi.ff. de quæstion.& Guid.de Suz.in tract.de indic. & tortura nu.90.

Hæc consideratio nullius est momenti in casu nostro,quia si uolumus respicere indicia omnia sunt remota, & testes deponentes super eis deponunt de indicijs ad maleficium, & non deponunt directe de maleficio, & sic de ueritate, vt ex lectura processus apparet, ideo cum quodlibet ipsorum non probetur nisi per vnicum testem,nihil operatur. si uerò volumus considerare dictum ipsius Victoriæ in tertia eius depositione,ubi deponit directè de maleficio,& tunc eius dictum nihil valet,& ratio est.

Quia ad hoc vt vnus testis de uisu faciat in
11 dicium ad torturam duo copulatiuè requiruntur,primo quod sit omni exceptione maior.l.milites.§.oportet.ubi Bal.c.de quæstion. Dec.in cons.37.col.4.ita quod nulla exceptione uulnerari possit secundum Bald.in consil. 259.col.1.in fin.vol.1.alibi dicit idem Bald. in cons.41.in fi.vol.5.quod talis testis debet esse indubitatus,idest de cuius fide,& integritate nullo modo possit dubitari.& Baldum sequitur Aym.Crauetta in cons.60.col.4.& in consil.99.col.2.& Rolandus à Valle in cons.7.nu. 10.cum seqq.vol.1.Secundo requiritur quod deponat de ipso maleficio directè, & immediatè secundum suum sensum,ut per Bart.in d.l.maritus.& in d.l.fi.Bal.in consil.429. uol. 3. & Corn.in consil.101.colu.2. sed ista testis est si deponere uideatur de vita, attamen non est omni exceptione maior,prout ex pluribus patet.

12 Primo quia est mulier, quæ in criminalib. de iure canonico non probat.d.c. forus, quod ius canonicum vbi discrepat à iure ciuili in hoc Regno seruari debet Corn. in cons.261. num.31.in fin.uol.4.& licet de iure ciuili admittatur.l.ex eo.ff.de testib.& Alex.in consi. 11.col.2.uolu.1.tamen eius dictum non dicitur integrum, & non dicitur omni exceptione maior,ita notabiliter dicunt Cæpoll.in cõsilio 32. in 2. colum. & Rolandus à Valle in consilio 7. numero 12. & 13. volumn. primo.

Secundo, quia est amita ipsius Iosephi, & certum est,quod in causis criminalibus repel-
13 litur a testimonio.Corn.in cons.172. uolu. 2. ubi dicit hanc esse communem opinionem, quæ conclusio absque difficultate procedit, quando affinis, vel consanguineus accusatoris,uel partis offensæ uult contra reum testificari. nam eo casu proculdubio repellitur,

pro-

prout est in casu nostro, ita notanter tradit Iulius Clarus in libr. 5. sententiarum §. fin. q. 24. uers. quæro modo. ubi asserit hanc esse communem opinionem teste Villalpand. super l. 22. c. 33. post nu. 2.

Tertio, & vltimo, quia est periura, uaria, cõtraria, & in totum falsa in hac ultima depositione ab aliis suis depositionibus, nam in prima depositione dicit non cognouisse aggressores, in secunda dicit non cognouisse. F. nec ipsum potuisse cognoscere, cum nunquàm cognouerit, nec uiderit, & in tertia dicit cognouisse. F. ecce quod est periura, contraria, & penitus falsa, & periurus repellitur à testi-

14 monio. Alex. in consi. 114. col. 2. uol. 4. in cõsi. 93. col. fi. uol. 5. & in cons. 53. col. 4. uol. 7. ubi attestatur hanc esse communem opinionem, quia tota fides testis pendet à iuramento, & hoc adeo est uerum, quod inquit Crauetta in cons. 96. num. 14. quod etiam excluditur à testimonio quamuis falsitas esset circa accessoria; unde cum dicta mulier conuincatur de periurio, & sit uaria, ac falsè deponat, meri to non est in aliquo ei credendum. l. qui falso ff. de testib. & est communis opinio, quæ non habet contradictorem, vt dicit Angel. de Vbald. inter consil. criminal. diuersor. consil. 73. num. 23. in fi. libr. 2. & potest ista mulier de falso puniri. Iulius Clarus in libr. 5. sentent. §. fi. q. 53. in vers. secundus est casus, & prima dictæ mulieris depositio, & non ultima attenditur. Rolandus à Valle in cons. 16. nu. 19. & 23. uol. 1.

15 Cum igitur ista mulier non sit omni exceptione maior, nam ille testis dicitur omni exceptione maior, contra quem nulla exceptio opponi potest, ut est gl. in §. item uerborum. inst. de inutil. stipular. gl. in c. 1. in verbo maiores. de consang. & affinit. Alex. in cons. 64. col. 2. vol. 1. & in consi. 72. col. pen. volum. 2. Dec. in l. 2. ff. de reg. iur. & Aym. Crauett. in consil. 99. colu. pen. & cum contra istam mulierem plures exceptiones opponantur, ratione quarum ei nulla penitus fides adhibetur, vt patet ex antedictis, sequitur quod non est verum, quod faciat indicium ad torturam. & ideo cum quodlibet indicium probetur per unum testem tantum, & quasi omnes tunc testes de auditu, sequitur quòd quodlibet ipso rum nihil operatur.

16 Nec dicatur quod licet supra dicta indicia non sufficiant ad torturam, tamen cum dictus inquisitus fuerit contumax reputatus, & deinde bannitus, ex hoc potest torqueri, cum contumacia, & bannum faciant indiciũ ad torturam. Bal. in l. 1. num. 13. in fi. C. de hæred. instit. & Iulius Clarus in libr. 5. sententiar. §. fin. q. 64. in vers. sed numquid bannitus, ubi asserit hanc esse communem opinionẽ, quia respondetur pluribus modis.

17 Primo, dicta communis conclusio nõ procedit in sponte comparente, qui sit bonæ honestæ, & nobilis conditionis, nam tunc contumacia, & bannum non faciunt inditium ad torturam. ita ellicitur ex Baldo in l. 1. num. 13 in fi. qui mouetur per l. milites. C. de quæstio. & tradit expresse Carrerius in sua pract. crimi nali in l. obseruare curabis. num. 114. & Calonus in suo tractatu criminali cap. 9. sed in casu nostro. F. sponte comparuit, & est nobilis. & iuuenis bonorum morum, & optimæ uitę, ergo bannũ & contumatia in eo non faciunt indicium ad torturam.

Secundo respondetur quod antedicta con clusio procedit in eo, qui personaliter citatus fuit, & sic in vero contumace, cum verus con

18 tumax dicatur, qui personaliter citatus fuit, & non comparuit. Bar. in l. 1. C. quor. appellat. non recipiun. & non procedit in eo qui domi citatus fuit, & sic in ficto contumace, nam qui domi citatur nõ dicitur verus contumax, sed fictus. Barto. in l. Diuus. in 2. col. uers. nota quòd hæc gl. ff. de in integr. restit. post glo. ibi & plenè Bar. in l. fi. 4. col. in verbo fictus contumax. eod. tit. ita notabiliter tradit Grammat. in consi. 45. num. 26. & 27. in consilijs criminalibus. Cum igitur dictus F. domi & non personaliter citatus fuerit, sequitur quod bannum & contumacia in eo non faciunt indicium ad torturam.

Tertio & vltimo respondetur, quod dicta conclusio non procedit in minore, ita notanter tradit Petrus Follerius in sua pract. criminali in tertia part. secundæ partis. numer. 31. & iudicio meo est verissima conclusio. nam ratio quare bannum, & contumatia faciant indicium ad torturam est, quia non comparendo reus citatus dicitur esse in dolo. l. non potest videri dolo carere. ff. de regu. iur. & sic præsumitur in malitia. ita Bal. in sua marga. in verbo contumax. vers. 4. & probatur in leg. 1. & 2. C. de requiren. reis. & ibi gl. in verbo pur gauerit, & est de mente Baldi in d. l. 1. Co. de hæred. instituen. num. 13. quæ ratio ubi cessat cessat etiam dicta dispositio & conclusio; sed dicta ratio cessat in minore, ut notat Paul. de Castr. in l. ubi exigitur. in fi. principii. ff. de edẽ. vbi dicit quòd minores non dicuntur constituti in vera contumacia propter hoc, quod citati personaliter non compareant, quia non præsumuntur hoc fecisse propter dolum, quam conclusionem tenent etiam Bal. Ang. & Alex. in l. 2. ff. si quis in ius voc. non ier. ergo cessat dicta dispositio in minore, & nota quòd bannum, & contumacia faciunt indicium in uera contumacia, ut no. Bald. in d. l. 2. C. de requirend. reis. quod notat ex verbis dictæ legis in tex. ibi, noluerint. Cum igitur antedictus. F. erat tempore quo reputatus fuit contumax, & bannitus minor, non est dubiũ quòd bannum, & contumacia in eo non faciunt indicium ad torturam. Et hæc consideratio comprobat secundam responsionem, nam cum domi citatus non dicatur verus cõtumax, sed fictus, bannum & contumacia nõ faciunt contra eum indicium, cum dicta faciant

clant iudicium in vero contumace, vt expressè tolligitur ex dict. leg. 2. & ibi expresse notat Bald.

In secundo dubio, an dato, & non concessio, quod adsint indicia sufficientia ad torturam, videndum est an simul in casu, in quo de iure regni tortura possit inferri, & pro resolutione huius dubij, videndum, est qua pęna puniendus veniat cum tempore delicti erat minor decem, & octo annorum, ut optimè exitit in processu probatum. In isto dubio omissa disputatione concludendum est ratione minoritatis iudicem nō posse inquisitum punire pęna ordinaria, seu alia corporali, sed extraordinaria, etiam si pro prætenso delicto posset imponi pæna vltra relegationē, & mortis, quod negatur, quæ conclusio probatur auctoritate, & lege.

Auctoritate, ita tenent glo. in l. impunitus C. de pæn. & in c. fi. in verbo, ætatis de senten. excommunicat. Angel. Aret. in tract. malefic. in verbo dolosè, num. 12. & ibi August. Arim. Alber. de Rosa. in l. si quis non dicam repere. colu 4. vers. aut est pubes. C. de episc. & cleric. Carrerius in sua pract. crimin. in §. circa. num. 5. Folleri. in pract. sua crimin. in 4. parte num. 17. Blancus in suo tract. criminali. in §. post quam. num. 26. Marsil in consil. 24. nume. 47. in consi. 30. num. 20. in pract. sua crimin. in §. quoniam. nume. 95. & in singulari 628. in fin. Aret. in consil. 130. Cuman. in cons. 64. col. fi. Dec. in consi. 535. col 2. Fulgos. in consi. 157. col. 2. Socin. iun. in cons. 7. uol. 3. Caccialup. in consil. 92. inter consilia criminalia recollecta per Ioannem Baptistam Viletum in primo homo. Anton. Galeatius inter dicta consilia. tum. 111. sub num. 25. Riminald. in cons. 135. inter dicta consilia numer. 10. Grammatic. in decis. 23. num. 12. vbi affirmat hanc esse communem opinionem, & obseruatam fuisse in sacro concilio Neapolitano. Clarus in libr. 5. sententiarum. §. fi. q. 60. vers. aut maior. Placa in lib. 1. delictorum. cap. 32. nu. 11. & Roland. à Valle in consil. 77 volum. 3. vbi in fine dicit quod iudices, qui hanc non amplectuntur sententiam, eorum animæ perpetuo in inferno cruciabuntur.

Lege probatur primo per tex. in l. si adulterium cum incestu. §. fratres. ff. de adulter. Secundo per tex. in l. aut facta. in §. persona. ff. de pæn. iuncto principio ipsius legis. Tertio per text. in l. auxilium. §. in delictis. ff. de minor. Quarto & ultimo per text. in l. ferè. ff. de regul. iur.

Et cum pæna ordinaria, & sic mortis, seu alia pæna corporali non possit minor puniri, sed pæna extraordinaria Doctores declarauerunt pęnam esse aut pecuniariam, aut exilij, & ratio est, quia quando pro delicto non uenit imponenda pæna mortis, uel pæna corporis afflictiua, & ex aliqua causa puta minoritatis, receditur à principali pæna capitali ipsius delicti, aut non imponitur minori pæna corporalis, sed transmittitur in pænam pecuniariam, aut exilii. Bald. in l. data opera. in 2. col. in fi. Cod. qui accusar. non poss. Mar. in consi. 24. Caccialup. in d. consi. 92. Carrerius in d. §. circa num. 5. Rolan. à Valle in cons. 77. uol. 3. Fulg. in d. consi. 157. & ibi Cumanus in subscriptione, & Cassaneus in consuetudinibus ducatus Burgundiæ in rubrica prima §. 5. in sexta declaratione in uers. additio. & probat text. in l. qui ædes. & in l. si fortuito. ff. de incend. min. & naufrag. & licet Menoch. in tractatu de arbitrar. iud. in casu 329. dicat pænam esse arbitrariam, tamē notandum est quod arbitrium non potest neque debet esse in imponendo pænam corporis afflictiuam, neque potest imponere pęnam ultra relegationem Alex. in cons. 65. in 3. col. Grammat. in consiliis criminalibus consil. 36. num. 22. & Carrerius in sua pract. criminali in §. circa in ult. c. sub nu. 120. vers. & si forte.

Et si dixeris, quod licet de iure communi minor non possit puniri ordinaria pæna, sed extraordinaria, quæ non debet esse ultra relegationem, tamen de iure regni, id residet in iudicis arbitrio, ut constat per regiam pragmaticam incipientem & si verum sit minoribus, in titu. de minoribus, ubi sancitum statutum, & declaratum fuit in iudicantium esse arbitrio an ordinaria, uel minori pæna delinquentes minores feriendi sint, considerata delicti atrocitate personæ qualitate, delictorum reiteratione, ac cæteris aliis considerandis rectè perpensis, declarando insuper idnon necessitatis, sed iudicis arbitrio relictum esse: ex qua pragmatica constat in arbitrio iudicis residere an uelit minorem ordinaria pæna, & sic corporis afflictiua punire.

Respondetur quod dicta regia pragmatica duplicem habet declarationem, & prima est, ut non loquatur quando habita consideratione ad qualitatem personæ, ad delictum, & ad causas delicti, magis expedit, ut mitior imponatur pæna, ut si propter causas, & accidentia causarum de iure est minuenda pæna, nā tunc ne iudex seuerior sit lege, cogitur arbitrari mitiorem pænam, & quòd hæc declaratio sit uera, considerandum est, quòd dispositum per regiam pragmaticam ante dispositum fuit per ius commune, ut probatur in l. auxilium. §. in delictis. ff. de minor. & tradunt Dec. & Cagnol. in l. ferè in omnibus. ff. de reg. iur. & Menoch. in d. casu 329. rigore cuius legis per Doctores dubitatum fuit an iudex in isto arbitrio posset cogi ad minorem pænam, in quo dubio duæ fuerunt doctorum opiniones.

Prima fuit quod cogi non possit, sed si uelit, possit minorem leuiori pæna punire in qua opinione fuerunt Bald. sub numer. 17. in uersic. quarto casu. & Salycet. colum. 2. num. 7. in l. quicunque. C. de seru. fugit. Alber. in d. l. auxilium. §. in delictis. Bal. in l. quid ergo. §. pæna grauior. ff. de his qui notan. infam. in 2.

lect.

lectu.num.12.Anan.in c.sicut.col.pen.de iude. Cæpoll.in tract.cautelar.cant.2.nume.14. & Menoch.in tractat.de arbitrar. iudic. casu. 329. vbi dicit hanc opinionem veriorem, & receptiorem esse teste Placa libr. primo epit. delictor.cap.32.num.10.verum animaduerta tur quod Placa non dicit hanc opinionem re ceptiorem & veriorem esse.

Secunda fuit quod Iudex necessitetur, & cogatur mitiorem imponere pænam, quam opinionem sequuti sunt glos.in c.de causis.in uerbo,certa.extr.de offic.& potest.iudic.de le gat.Ioan.Andr.in cap.1.extr.de constitut.Fe lin.in c.quoniam frequenter.in §.porrò.in 2. colum.ext.ut lite non contestat.Dec.in l.si fu gitiui nume.62.& 63.Cod.de seru.fugit. Cuman.in consil.95.Grammat.decis.23. & Placa in dict.cap.32.ubi quando petitur dicit ueriorem opinionem,& secundum Gram. hæc est communis opinio.

Ob diuersitatem tantorum Doctorum hæc conclusio sub fædere distinctionis resolu ta fuit hoc modo considerando duos casus.

Primus est,quando habita consideratione ad delictum & ad eius causas,& circumstantias magis expedit ut pœna ordinaria imponatur,& tunc iudex non cogitur mitiorē pœnam inponere,licet possit,si velit.

Secundus casus est,quando habita conside ratione ad qualitatem personæ , ad factum , seu delictum ad causas delicti,& ad alia accidentia,expedit vt minor leuiori pœna puniatur,& tunc iud ex cogitur mitiorem impone re pænam.ita notabiliter tradit Dec.in l. si fugitiui nu.110.

Habita igitur consideratione ad hanc concordiam per antedictam regiam pragmaticam declaratum fuit, quomodo in iudicis ar bitrio resideat an ordinaria, seu mitior pæna imponenda ueniat, & ideo dicit, sancimus, statuimus, & declaramus iudicantium esse arbitrio an ordinaria,uel mitiori pæna minores delinquentes puniendi sint considerata delicti atrocitate, personæ qualitate, delictorum reiteratione,ac cæteris aliis rectè perpen sis, ex quibus uerbis eliciuntur duæ conclusiones , una est,quod si adsit atrox delictum, infamis persona,quæ sit solita delinquere, ac alia concurrant, quæ de iure delictum aggrauent,tunc iudex potest pro eo delicto pænam ordinariam imponere,licet si velit,arbitrium suum ad mitiorem pœnam applicare possit, prout antea de iure poterat. Secūda est quod si sit nobilis persona, non solitus delinquere sine causa, adsit causa excusabilis a iure considerata, vt si delictum ex causa honoris, seu doloris commissum sit , ac alia concurrant, quæ minuūt pænam,tunc ex uerbis dictæ pra gmaticæ elicitur, quod iudex cogitur mitiorem imponere pœnam,& quod hæc declara tio vltra supradictam considerationem sit ue ra probatur ex pluribus.

Primo, quia Iudex debet in pœnis legalibus interdum dispensare , & misericordiæ gratiam impendere.c.domino sancto. 50.distinctio.& capit.dispensationes. 1.quæst. 8.& tradit Grammatic. decision. 5. numero 34. & 35.

Secundo , quia quando aliquid commissum est arbitrio iudicis, non intelligitur esse in libera potestate, seu voluntate ipsius Iudicis, sed determinandum est per eum adhibita diligenti inquisitione, & secundum qualitatem negocij, & personarum , atque secundum regulas traditas per Doctores in ea materia, & si iudex aliter facit,& ab eius arbitrio licitum est appellare.l.si qua pœna.ff. de verbor. significat.& ibi etiam tradit gloss.in cap. super his.in verbo arbitrium,extr.de accusat. & ibi latè Felyn. colum.5 & 6. & idem Fely. in cap.exceptionem. colum. 2. & 3.de exceptio. & latè etiam Dec.in cap.ad hæc el 3. de appellatio.& Alexand. quasi & fere in similibus casibus in consilio 121. numero 9. volum.7.

Tertio probatur per Baldi , & Bartoli doctrinam in leg.1. Cod. quomodo & quando iudex. nam in l. 1. probatur quod iudex non cogitur contra absentem proferre sententiam , & sic quicquid iudicis potestati committitur necessitati non subijcitur. & contra dictam legem opponitur de l. properandum. §.si autem ex gestis. Cod.de iudic.ubi probatur quod iudex contra absentem cogitur pronunciare. pro resolutione harum legum contrariarum dicant , quod aut adest causa pronunciandi , & tunc cogitur pronunciare , & ita procedit.d.§. sin autem ex gestis. & sic in hoc casu non est uerum, quod illud quod committitur potestati iudicis,necessitati non subijciatur.

Aut non adest causa , & tunc procedit d.l. 1.ex qua resolutione elicitur conclusio quod illud , quod potestati iudicis committitur , si adest causa faciendi , necessitati subijcitur , si non adest causa , tunc potest illud , quod sibi commissum fuit facere , licet non necessitetur .

Quarto hæc declaratio elicitur ex uerbis dictæ pragmaticæ , quæ statuendo dat regulam , & uult ut iudex habeat considerare qualitatem personæ , atrocitatem delicti , delictorum reiterationem , & alia consideranda , adeo quod si iudex habitis considerationibus inuenit minorem de iure ex causis à iure consideratis non posse ordinaria pæna punire , utique iudex non potest ordinariam imponere, tum quia dicta uerba essent frustratoriè posita si aliter diceremus , tum etiam , quia quando iudex ex potestate sibi attributa à lege, uel à principe non arctatur , tamen debet obseruare regulam , & formam traditam à lege, uel à principe , in qua obseruatione

L negari

negari non poteſt ipſum errare ſi mẽtem ſtatuti diligenter non obſeruaret, ſuppoſita enim poteſtate ſequitur neceſſitas dicendi, vt elicitur ex Baldo in leg.gallus.ff.de lib. et poſthum.

Quinto probatur. Iudex debet non obſtante quod habeat liberum arbitrium obſeruare iura.& hinc eſt quod licet in criminalibus iudici per ſtatutum ſit conceſſum liberum arbitrium, tamen non poterit ponere aliquẽ ad torturam ligitimis indicijs non præcedentibus. Hyppolit. de Marſil. in practic. ſua crimin. in §. conſtante. numer. 27. & in §. ſecunda.numer.6. ergo ſi adſunt cauſæ conſideratę à iure, per quas minuitur pœna, iudex non obſtante, quod in puniendo habeat liberum arbitrium, debet propter illas cauſas iura ſequi.

Sexto,& vltimo probatur, nam ſi aliter dictam pragmaticam uolumus interpretari ſequitur abſurdum, quod iudex in arbitrariis poteſt arbitrari contra iura,& æquitatem, & ſic poteſt eſſe ſeuerior lege, quod eſt falſum, cum arbitrium iudicis debeat eſſe iuri,& æquitati conſonum, alias non valet. Roman. in conſil.376. & latè Hyppolit. de Marſil. in ſua practic. criminali in §.diligenter.numer. 24.cum ſeqq.& probat text.in l.1. in princ. ff. de uſur.in verſic. ita tamen vt legem non offendat. ergo ne tale abſurdum ſequatur ita neceſſario dicta pragmatica eſt interpretanda.

Quod in caſu noſtro adſint cauſæ, quæ minuant pænam probatur ex pluribus.

Primo. Cauſa ob quam præſupponitur huiuſmodi delictum commiſſum, fuit cauſa honoris, vt vltra quod conſtat in proceſſu eſt notorium, & lippis, & tonſoribus patet, quæ eſt iuſta cauſa miſcendi pœnam, prout conſiderat Iuriſconſultus in l. ſi adulterium cum inceſtu.§. imperatores. ff. ad leg. iul. de adulter. & ob honorem dicitur adeſſe iuſtus dolor, qui etiam ex interuallo dicitur durare, & propterea etiam ſi ex interuallo delictum commiſſum fuerit, iura volunt vt pæna minuatur, ut notanter tradit Ruyn. in conſilio 2.nume.7.volu.5.& iuſtus dolor facit vt pæna ordinaria temperari debeat. Abbas in c.olim.in 2.colu.ext.de reſcript. Grammatic. deciſ.5.num.1.& 10.& Ludouicus Carrerius in ſua pract.criminali.in §.circa nume.170.& ideo licet inquiſitus re uera non commiſerit huiuſmodi prætenſum delictum, tamen caſu quo commiſerit, leuiori pæna puniendus eſt.

Secundo inquiſitus vltra quod ſit minor, eſt iuuenis optimus, bonorum morum, nobilis.& bonæ vitæ,& famæ, & talis bona vita & fama eſt iuſta cauſa minuendi pænam. Alexan.in conſi.121.uolum.7.& Ludouic. Carrerius. in §.circa in vltimo capitulo ſub num. 73.in fi.

Tertio, nam pater eum præſentauit, quæ præſentatio patris eſt cauſa, ut pæna ordinaria minuatur, ut tradunt Paulus de Caſtro in conſi.326.in fi. Felyn.in c.accuſaſti.colu.2. de accuſat. Rayn.& Salyce. in l.propter inſidias. C.qui accuſar.non poſſ Auguſt.ad Angel. de malefic.in uerbo & ad quærelam poſt nu.38. Marſil.in l 3.§.inauditum.ff.de ſicar.& in l.1. §.ad quæſtionem.uerſ.ulterius nota quod pater.ff.de quæſtion. Cæpo. in tract.cautelarum caut.prim.& Aym.Crau.in conſ.309.num.3. quæ concluſio probatur per text. in l.milites agnum.§.deſertorem.ff.de re mili.& in l.qui cum uno.§.filium.ff.eo.tit.

Cum igitur ex ſupradictis cauſis in iſto iuuene inquiſito pæna ordinaria imponi non poſſit, iudex cogitur mitiorem imponere pęnam, & ideo ſi contrarium arbitraretur, ab eius ſententia tanquam iniqua appellari poſſet, nam quando delictum ex eius circumſtantijs non ſuadet mortem, & iudex arbitretur eam, ualebit ſententia ex quo habet arbitrium, ſed male facit, & poteſt ab eo appellari, & ſententia retractari debet ſecundũ Imol.in cap.ex literis.ext.de conſtitut. & tradit Caſſaneus in conſuetudinibus Ducatus Burgundiæ in prima rubric. §.5. in verſicul. ſic ergo.

Secunda declaratio ad ſupradictã regiam pragmaticam eſt, ut procedat de rigore iuris, quo iure iudex non cogitur minorem leuiori pœna punire, ſed ei ordinariam pænam imponere poteſt,& imponendo reprehendi nõ poteſt, nec tenetur in ſyndicatu. ſed non procedit de æquitate, quam ſequi debet iudex in inarbitrarijs.l.factum.§ in pænalibus ff. de reg.iur.c.in pænis.de reg.iur.in 6.l.ſi præſes.& l.interpretatione. ff. de pœnis. tradunt Alex. in conſ.5.nume.13.in fine.& in conſ.111. ſub num.2.in fin.uolum.primo. Hyppol.de Marſil.in l.quæſtionis modum.num.69 ff.de quęſtion.& Grammat. alios allegans in conſilio 39.nume. 10.& in conſ.45. nume.47.& quod hæc declaratio ſit uera probatur per Baldum in d.l.quicumque.ubi ſub num.17. in verſic. quarto caſu, dicit quod quando eſt una ſola pæna, ibi non cadit electio, ſed diſpenſatio, & iſta ad iudicem ex cauſa pertinet, ut ſi ſtatutum dicat de amputatione manus, & aliquis eſt ita puer, vel ſenex quod ſtatim moreretur, poteſt iudex diſpenſare, tamen nec cogitur, nec propterea poteſt appellari, demum in eadem lege num.18.dicit quod in arbitrarijs iudex debet inclinare in mitiorem partem, ut ext.de offic.deleg.c.de cauſis.& idem dicit in l ſi dominus.§.duorum.numer.5.ff. de his qui ſui vel alii.iu.ſunt. Ecce quod Baldus vult quod licet iudex in puniendo minorem poſſit procedere, & punire ordinaria pæna, tamen cum ratione pueritiæ, & minoritatis pœna poſſit minui, iudex debet in mitiorem pænam inclinare, ſic & in

caſu

casu regiæ pragmaticæ est dicendum, nam licet iudex non cogatur minuere pœnam, sed si uelit ordinariam imponere possit, tamen iudex sequendo æquitatem, quam uigore iuris sequi debet, debet in mitiorem pœnam inclinare,& hoc est rationabile, quia iudex debet vti æquitate potius, quam iuris subtilitate,& debet in alijs facere vt in se ipso fieri uellet. Dec. in l. in personam. §. 1. in fin. ff. de regu. iur. & tradit Menoch. in tractat. de arbitrar. iud. lib. 1. quæst. 13. num. 18. & quæst. 14. num. 9.

Ex prædictis declarationibus apparet quod etiam de iure regni iudex cogitur mitiorem imponere pœnam,& quod arbitrium suum ad mitiorem pœnam applicare debet, sic imponi non potest alia pœna, quam uel pecuniaria, uel exilij, vel altera dummodo non sit ultra relegationem, ut supra demonstratio.

Cum igitur in isto casu non veniat imponenda pœna vltra relegationem succedit clara conclusio, quod in isto casu non est locus torturæ virtute capituli huius regni Siciliæ, quod incipit, tormenta. vbi statuitur quòd pro delicto pro quo non imponitur pęna vltra relegationem, non potest inferri tortura, & sic ex antedictis resolutum est secundum dubium, quod in isto casu etiam si essent indicia sufficientia ad torturam, prout reuera non adsunt, non potest tractari de tortura inferenda.

Nec est dubitandum F. tempore præsenti delicti fuisse minorem decem, & octo annorum, cum optime extitit in processu uerificatum, nam probatur per testes consanguineos, exteros, & per obstetricem, & licet probatio minoris ætatis sit difficilis probationis, & ideo probatio fieri potest per consanguineos, & vicinos. Bar. in l. de ætate. numer. 7. ff. de minor. & Menoch. in tracta. de arbitr. iud. casu 116. tamen quando fit per obstetrices dicitur probatio indubitata. Bat. in d. l. de ætate. nume. 7. unde cum vltra alios testes ætas minor probetur in casu nostro per obstetricem, non est dubium, quod res est clarissima, & indubitata.

26

Nec obstat fides Regiæ Cameræ summariæ extracta a libris numeratoris focularioꝝ, vbi videtur apparere, quod facto calculo annorum tempore præsenti commissi delicti F. erat maior decem, & octo annorum, & quod dictis libris sit credendum, ex quo libris Regiæ, seu Apostolicæ cameræ fides est præstanda. Rota Romana decisio. 32. de præbend. in antiquis. Bellamer. decisio. 9 & 675. & Paris. in consi. 140. nume 17. uolu. 4. & quod plus credi ut istis scripturis publicis, & fiscalibus, quam testibus.

27

Respondetur ista procedere, quando in dictis libris scribitur id, quod pertinet ad artem, negocium, & exercitium illius, qui scribit dictos libros, & quando in dictis libris scriptum est id, quod ad dictos libros pertinet, secus vero est, quando scribens scribit in eis id, quod ratione sui exercitij, & officij non pertinebat, nam tunc in hoc dictis libris & scribentibus non creditur, ita in casu simili tradunt Alexand. 29. colum. ad fin. & Iaso. nume. 123. in l. admonendi. ff. de iure iur. Ludouic. Roman. in consi. 204. nume. 3. Aret. in consi. 31. & in consi. 44. Ias. in l. age cum gemi niano. Cod. de transaction. Dec. in c. 1. nume. 30. extr. de probation. & in consi. 40. numer. 3. Hyppol. de Marsil. super rubr. ff. de fideiussor. num. 183. & in sing. 560. Aymo. Crauett. in tract. de antiqui. temp. in prima parte. in §. quarto limitatur dicta conclusio. numer. 72. Alexand. in consi. 113. col. 2. lib. 7. & est communis omnium doctorum conclusio, ut attestatur Horatius Mandosij in additio. ad cōsilia Romani in d. consi. 204. in litera C. sed in casu nostro numerator deputatus est solum ad numeranda focularia, & ad ea in suis libris conscribenda, & non ad sciendum ætatem cuiuslibet personæ, cum hoc non sit pertinens ad eius officium, & ideo diligentia numeratoris est in reperiendo focularia, & ea demum numerare, & non uersatur in sciendo secundum veritatem ætatem foculariorum, seu aliarum personarum, nam in hoc nullam adhibet numerator diligentiam, nec testes examinat particulariter, & specialiter super ætate, sed perfunctorie transit, & absque alia consideratione, ut est notorium, & omnibus patet, & non habet difficultatem, ergo libris numeratoris circa ætatem non creditur, & non solum ex supra dicta ratione non creditur dictis libris, sed etiam quia cum probetur concludenter, & per indubitatas probationes inquisitum fuisse tempore præsenti committi delicti minorem, verba assertiua, & enunciatiua de quibus in prædicta fide non possunt veritati præiudicare, prout nec etiam præiudicaret, quatenus ipse principalis minor se maiorem cum iuramento assereret, uel etiam minor per sententiam maior esset declaratus, ut tradunt Socinus iunior in consilio 3. uolum. 2. & Curt. iun. in consilio 118. nam probatio ætatis per numeratores est præsumptiua, quæ non habet locum vbi sumus in claris. leg. continuus. §. cum ita. ff. de verborum obligatio. nec obstat allegata decisio Grammatici numer. 48. quia Grammaticus dicit, quod est præsumptiua probatio, & non clara, & ideo non facit ad rem.

28

Ex prædictis concludo F. fore absoluendum, & nullo pacto posse quæstionibus subijci, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

Per iudicem Ciuitatis Aquilæ fuit condemnatus in exilium per biennium, & declaratum tacitè in casu isto non esse locum torturæ, quæ sententia per auditorem Sere-

nissimæ Margaritæ ab Austria tandem facta longa discussione confirmata fuit.

SVMMARIVM.

1 *Linea aliquando capitur effectiuè, aliquando contentiuè.*
2 *Iuri de futuro per pactum perpetuum, & reale solemni stipulatione uestitum potest renunciari.*
3 *Verbum de cætero, respicit futurum.*
4 *Verbum, deuoluendi, & futuri temporis.*
5 *Renunciatio etiam iurata intelligitur rebus sic se habentibus, prout sunt tempore renunciationis.*
6 *Renunciatio regulatur à causa propter quam facta fuit.*
7 *Renunciatio generalis, & amplissimis uerbis facta non extenditur ad non cogitata.*
8 *Expectare mortem coniuncti triste est.*
9 *Ius de futuro renunciatione remitti non potest.*
10 *Renunciatio iuris de futuro debet restringi ad illa futura iura, quæ possunt competere ex causa de præsenti. declara nu. 11. 12. amplia, numero 13. & 14.*
15 *Pactum de non succedendo non tenet. declara num. 16. quam declarationem subdeclara nu. 17.*
18 *Pactum de non succedendo habet tacitam conditionem si ei hæreditas deferatur.*
19 *Renunciatio facta tempore ingressus in religionem non tenet magis communis est in contrarium. nu. 20. declara nu. 21.*
23 *Notario non est fides præstanda nisi de his quæ uidit, uel audiuit.*
24 *In probibitis, licet certo casu permissis, non statur uerbo dicentis casum permissum fuisse.*
25 *Ius adeundi cedi non potest.*
26 *Prælatus sine consensu, & interuentu capituli alienare non potest.*

Consilium XXIII.

IN hæreditate quondam Illustrissimi Domini Mutij Pignarelli ab intestato mortui, certum est, quod absque difficultate succedere debent Illustrissimi Domini Donnus Basilius Episcopus Aquilanus, & Ascanius Pignatelli, vti patrui, & proximiores in gradu, excluso Illustris. Dom. Marchione Lauri nepote ex fratre.

Sed quia extat quædam renunciatio facta per Dominum Donnum Basilium tempore, quo erat clericus congregationis uenerabilis Ecclesiæ Sancti Pauli de Neapoli, & ante professionem Illustrissimo Domino Seniori Marchioni lauri eius patri pro se, & suis hæredibus, & successoribus de omnibus bonis mobilibus, stabilibus etiam feudalibus, iuribus, actionibus, & quibuscunque successionibus tam ex linea paterna, quā materna fraterna, sororia, Ziernia, patruorū, & auunculorū, ac amitæ, & auitæ vtriusq; deuolutis, et deuoluēdis, quātūcūq qualitercūq. & undecūq ab intestato, iō virtute dictæ renūciatio- Dominus Marchio iunior, & nepos vna cum dicto domino Ascanio excluso domino Basilio in dicta hæreditate succedere prætendunt. Ad præsens dubitatur. An dicta renunciatio obstet Illustrissimo, ac Reuerendissimo D. Episcopo, & an iuuet domino Marchioni iuniori eius ex fratre nepoti, ac etiam Ascanio eius fratri.

Prima facie quilibet diceret Illustrissimū Dominum Episcopum ob dictam renunciationem amplissimis verbis, & generalissimis factam ab hæreditate antedicti Domini Mutij Iunioris ab intestato mortui exclusum esse, & quod ideo in ea succedere debet, vel solus dominus Ascanius vti patruus, & proximior in gradu, vel una cum ipso Dominus Marchio subintrans ex causa renunciationis casu quo, de iure subingressio, stante patruo locum habeat.

Ratio est, quia sub illis verbis in ipsa renunciatione appositis (ex hæreditate, & successione, et linea cū paterna, materna, fraterna, &c. includitur hæreditas huius ab intestato defuncti, tum quia est de linea fraterna, cum sit filius quondam Mutij Senioris eius fratris, tū quia est de linea paterna, cum sit filius Mutij Senioris filij Illustrissimi Domini Scipionis Marchionis lauri. cui vti patruo renunciatio facta fuit, linea enim aliquando capitur effectiue vnde linea paterna dicitur ea, quæ effecta est à patre, & si hoc modo capiendo, qui descendunt à patre sunt de linea paterna, aliquando sumitur contentiue, puta linea paterna, idest linea, sub qua uel in qua pater continetur, & tunc continentur ascendentes, descēdentes, & transuersales. Soci. in l. gallus. §. nūc de lege. ff. de lib. & posth. Bald. cons. 331. uol. 1. Bart. cons. 10. & Ruin. consi. 23. num. 6. vol. 3. & ideo siue effectiue, siue contentiue in casu nostro accipiatur, prædictus Mutius Iunior ab intestato defunctis, cum sit de descendentib. Marchionis senioris, dicitur de eius linea, & sic de linea paterna.

2 Et huic successioni, licet de futuro per pactum perpetuum, & reale, solemni stipulatione vallatum potuit renunciari Bartol. & alii Doct. communiter in l. 1. C. de pact. & in l. si rem meam. ff. de verb. obl. faciunt ea, quæ habentur in l. cum uir. de usucap. & quod in casu nostro fuerit facta renūciatio successionibus de futuro apparet primo per illa verba, de cætero deuoluendis, Nam verbum illud de cætero respicit futurum. clem. 1. cum gl. in uers. de cætero de electo. & in proem. clem. & ibi glo. in ver. de cætero. & in c. 1. de postulat. prælat. in 6 Secundò per uerbum illud deuoluendis quod est futuri temporis. & ideo potuit per dominum Episcopum tunc temporis clericum regularem huic iuri de futuro, & successioni huius defuncti renunciari in beneficium patris pro se, & suis hæredibus, & successoribus. Tertiò quia per dictam renunciationem fit cessio de iuribus competentibus, & competituris, quæ verba significant

etiam

etiam renunciationem de successionibus in futurum. Rom. cons. 22.

His in contrarium adductis non obstantibus, in contrariũ se habet ueritas, & sic quod hæc renunciatio, seu cessio non noceat Illustrissimo ac Reuerendissimo Domino Donno Basilio Episcopo Aquilano, & consequenter quod possit de iure succedere domino Mutio iuniori eius ex fratre nepoti, & ab intestato mortuo. Et pro ueritate præmittendum est in primis quod dicta renunciatio facta fuit tempore, quo in religione professionem facere uolebat, & ea de causa, ut apparet ex renunciationis contractu.

Secundo præmittẽdum est quod post multos annos ipse à sacra, & catholica Maiestate ad dignitatem Episcopatus promotus fuit, pro quo habuit institutionem à summo Pontifice.

Tertio, & ultimo præmittendum est, quod post assumptionẽ ad Episcopatum mortuus fuit hic Dominus Mutius iunior Episcopi ex fratre nepos.

5 His sic breuiter præmissis, pro habenda huius rei ueritate, facio duas principales conclusiones, & prima est, quod hæc renunciatio non extenditur ad casum nostrum. Secunda est quod non valet.

Et incipiendo à prima conclusione, demonstro ex infrascriptis hanc renunciationem, seu cessionem non extendi ad casum nostrum.

Primo renunciatio etiam iurata intelligitur, rebus sic stantibus, prout se habent tempore renunciationis. c. cum inter P. de renunciat. l. fi. ff. qui satisda. cog. & l. quæro. §. inter locatorem. ff. locat. & ideo non intelligitur, nec locum habet si aliquid de nouo superueniat. Dec. in consi. 266. & Cardinal. Paris. in cons. 95. num. 34. uolu. 3. sed in casu nostro renunciatio facta fuit quia in religionem clericorum regularium de proximo facere professionem intendebat, & ibi sua uita duranteper manere. igitur dicta renunciatio intelligitur rebus ita stantibus, & sic donec facta professione eius uita durante in religione permaneret, & non si aliquid de nouo superueniret, ut fuit in casu nostro, cum hic Illustrissimus Dõnus Basilius non permanserit in dicta religione, sed ad dignitatem Episcopalem assumptus fuerit. igitur dicta renunciatio ad hunc casum non extenditur.

6 Secundo renunciatio regulatur à causa, propter quam facta fuit. Bal. in l. iubemus. C. ad Velleian. & Paris. cons. 79. nu. 45. uolu. 1. & cessante causa, renunciatio non est in consideratione. arg. notatorum in c. cum cessante. de appell. & l. adigere. §. quamuis. ff. de iure patr. & in terminis nostris tradit Paris. consi. 12. num. 91. uol. 1. sed causa renunciationis fuit, quia Dominus Donnus Basilius tunc temporis clericus in religione illa professionem facere intendebat, & ibi eius uita durante permanere quæ causa cum regulat renunciationẽ, & cum ad præsens cesset, quia ex quo creatus fuit Episcopus, in ea amplius non permaner, igitur ea renunciatio non est amplius habenda in consideratione. faciunt etiam pro hac conclusione dicta per Mar. Ant. Natt. in cons. 188. nu. 6. uol. 1.

7 Tertio renunciatio generalis, & amplissimis facta uerbis non extenditur ad non cogitata. l. mater decedens. ff. de inoffi. testam. ubi Bart. uers. circa secundum. l. tres. & l. emptor. §. Lucius. ff. de pact. & l. fin. §. pen. ff. de cond. indebit. Nam renunciatio etiam iurata ad futuram, & incogitatam successionem non refertur Paris. consi. 95. num. 10. uolum. 3. Ossascus. decis. 75. numer. 5. versicul. nec obstat. & Ioannes Cœphalus in consil. 334. numer. 54. uolum. 3.

Sed in casu nostro dominus Episcopus tũc temporis, qui renunciauit non cogitauit de hoc casu, nec de hac successione, nec respectu ipsius: quod patet, quia expresse declarauit eius uita durante uelle in religione permanere, & utique si putasset euadere Episcopum non renunciasset, ut est verisimile, & maximè si credidisset habere Episcopatum pauperem, prout est iste, ad hoc ut posset iuxta eius qualitatem, Episcopalem dignitatem seruare, & ideò habetur pro disposito, quod non renunciasset, si hunc casum præsensisset. argument. gloss. in leg. tale pactum. §. final. ff. de pact.

8 Nec respectu huius defuncti, nam expectare mortem coniuncti triste est nisi naturalis status ad hoc tendat, quod pater præmoriatur filio. l. nam & si parentibus. ff. de inoff. testam. uel quod senex præmoriatur iuueni, alias triste est expectare mortem coniuncti, secundum Bart. in l. mutrine. de cond. & demõstr. uers. sed tunc oppono de isto secundo exemplo. & in l. pater seuerinam. §. socrus. de condit. & demonstr. quamuis ergo expectare quod Reuerẽdissimus Episcopus uti parruus & senex præmoreretur, non esset tam triste, tamen expectare, quod hic nepos defunctus præmoreretur erat triste, & ideo non præsumitur de tali casu, etiam in genere cogitatum. l. iulianus. in fin. ff. si quis omis. caus. testa. & facit leg. inter stipulantem. §. sacram de verb. oblig. in simili, fereque in terminis tradit Ruin. cons. 98. sub nu. 8. uolu. 1. Igitur cum hic Reuerendissimus Dominus Episcopus nec respectu ipsius, nec respectu defuncti hunc casum cogitauerit, sequitur de necessitate, quod hæc renunciatio, seu cessio ad hũc casum, & ad hanc futuram, & non cogitatam successionem non extendatur.

Quarto, & ultimo probatur hac uerissima consideratione. Hæc successio tunc temporis, quo facta fuit per hunc Dominum Episcopum in manibus patris renunciatio, neque re neque spe illi competebat, ut unanimiter concludunt Doctores. in l. qui Romæ. §. duo

duo fratres.ff.de verbo.oblig. & ideo aut uis quod repudiatione sit remissa, & tunc remissio non tenet.l.qui superstitis.& ibi doct.omnes ff.de acqui.hæred.aut uis quod renunciatione,& tunc ius istud de futuro renunciatione remitti non potest,& hoc procedit siue renunciem simpliciter ius mihi competiturū, siue adijciam renunciare ius mihi competiturum ex causa de nouo superuenienti, seu ex causa de futuro.sic in l.1.C.de pact. uidentur sentire omnes scribentes.& in specie Zuccardus.num.155.aut uis quod hæc successio pacto solemni stipulatione uallato sit remissa, & tunc neque remissa intelligitur.

10 Ratio est,quia uerba generalia amplissimis concepta in renunciatione,etiam quando diriguntur ad iura futura, debent restringi ad illa futura iura, quæ competere possunt ex causa de præsenti.Bar.in d.§.duo fratres. in 6. q.Socin.in l.1.§.ueteres.colum.1.ff.de acqui. possess.Arec.in l.paulus.ff.de acquiren. hære. Bar.in l.qui cum tutoribus.in prin.ff.de transactio.& in l.post emancipationem.§.illud.de liber.legat. vbi dicit quod ille qui remittit ius quod habet,vel habere sperat in tali res uidetur remittere ius, quod sperat in futurum ex causa de præsenti.idem Bart.in l.si uxor §. diuus.ff.de adulter.Curt.iun.consi.101.nume.7. Dec.in consi.sub numer.11.uers.præterea illa renunciatio.Ruin.consi 98.num.8. vol.1.Dec. consi.206.colu.1.& in rub.C.de secund.nupt. col.3.num.7.Paul.de Castro.Alex.Ias.Rip.Iacob.de Alba.& alii Doctores communiter in d.§.duo fratres. Sed in casu nostro tempore renunciationis non competebat ius in hæreditate dicti Mutii tunc temporis uiuentis nec re nec spe legitima,& à iure approbata Doct. in d.§.duo fratres.igitur hæc renunciatio non trahebatur,nec trahitur seu extenditur ad ius istud, seu ad istam successionem, quod uel quæ non competebat de futuro ex causa de præsenti, sed tantum ex causa de futuro.

11 Et si dicatur, quod supra dicta conclusio non procedit, quando uerba partis apposita in pacto renunciationis concipiuntur in futurum,nam tunc verba generalia tendentia ad iura de futuro non possunt restringi ad iura de futuro ex causa de præsenti, sed etiam intelliguntur ex causa de futuro Barto.in l.1. in fin.C.de pacr.& ibi Ias.col.penult.uers.ex hoc potest limitari.& Dec.num.32.sed in casu nostro uerba generalia dictæ renunciationis seu pacti de non succedendo sunt in futurum cōcepta,cum renunciatio,cessio,seu pactū fuerit factum de omnibus successionibus competentibus,& de cætero competituris ab intestato,quæ verba significant etiam causam de futuro,ex quo ab intestato non potest venire hæreditas nisi ex causa de futuro.igitur uerba renunciationis seu pacti trahuntur etiam ad hanc hæreditatem.& ita per hæc in his terminis fere nostris concludit Cap.in dec.159.sub nu.17.uer.quarta dubitatio.

Huic considerationi respondeo duos considerando casus.

12 Primus est, quando dictum fuit expressè in pacto renunciationis etiam ex causa, & iure de nouo superuenienti.& in hoc casu uerū est,quod verba cum sint expressa trahuntur etiam ad causam de futuro,& in hoc casu loquitur Bart.in d.l.1.nume.83.C.de pact.& ita cum Bartolum sequantur, Ias.& Dec.intelligendi sunt,ut idem Ias.dicit in d.l.qui cum tutoribus in fin.de transact.

13 Secundus casus est,quando uerba etiam in futurum loquuntur, ut renuncio, seu cedo omnibus iuribus,actionibus,& successionib. competentibus,& competituris, seu dicrum sit quod renunciat omni iuri quod sibi competeret,& pertineret etiam ex causa de futuro, seu dicatur, quod renunciat omni iuri, quod habere potest,uel posset,seu sperat etiā cum iuramento,& sic quando verba sunt amplissima etiam in futurum, sed non dicitur expresse ex causa,& iure de nouo superueniēti,& hoc casu uerba intelliguntur, quod illud ius de futuro causam habet,& fundamētum de præsenti,non autem ex causa de futuro, ideo non intelligitur renunciare iuri acquirendi,si causa de nouo superueniat,nisi id expresse dictum fuerit ita concludit Barto.in d.l.1.Cod.de pact.cum quo Docto.communiter pertranseant, ut tradit,& notanter vltra alios ibi concludit Cagn.nu.80.

Ratio est quia istæ renunciationes sunt stricti iuris,strictèque intelliguntur. l. si domus. ff.de seruit. vrba.prædio.& l. cum de indebito,in princip.de probat.& ideo in generali renunciatione non ueniunt nisi iura aperta, & non illa, quæ certam consistentiam non habent,quia non dicuntur proprie iura. vt post Bal.tradit Alex.in l.qui Romæ.§.duo fratres. col.12.de uerb.oblig.nec de illis cogitatum cēsetur,ut dicunt ibi Doctores.ideo non est mirum si non includuntur.leg.si hominem,ubi Bartol.not.ff.mand.& cap.2.cum gloss.de renunciat.

14 Hæc conclusio secundi casus procedit etiā quando ius aliquod de præsenti non competebat,vt elicitur ex Bart. communiter approbato in d.l.1.prout refert,& eum sequitur ibi Cagnol.num.8.

Ex consideratione horum casuum elicitur quod Bar.Iaso.& Decius loquuntur,quando expresse renunciatum fuit iuribus ex causa de nouo superueniente, & non quando expresse non fuit renunciatum,nam tunc renūciatio iuris etiam ex causa de futuro intelligitur,dummodo adsit causa de præsenti,& hæc est communis opinio,& recepta ab omnibus scribentibus,à qua non est in iudicando recedendum, non obstante quicquid in contrarium dixerit Capyc.in d.decis.159.cuius opinio est attendenda, cum nec Doctorum auctoritate,nec rationibus sit fulcita & cum loquatur contra communem opinionem. Descen-

scendendo ad secundam conclusionem demonstro, quod hæc renunciatio non tenet neque valet ex infrascriptis.

15 Primò renunciatio, seu pactum de nō succedendo an teneat contrauersi iuris est. tamē verior opinio est, quod non ualeat, quia licet ex parte renunciantis sit pactum de non succedendo, tamen ex parte illorum in beneficium quorum fit, dicitur pactum de futura successione, & quoad eos inducunt votum captandæ mortis, ideo non valet, ex quo non consensit ille, de cuius hæreditate agitur. l. fin. C. de pact. & iuramento non firmatur, quia est contra bonos mores, secundum Bart. & alios in l. fin. C. de pact. & ita etiam tenent Cuman. Bal. Alex. nu. 12. & Ias. col. 6. in l. stipulatio hoc modo concepta. de verb. oblig. Aret. post alios quos adducit in d. l. qui superstitis. col. 4. vers. est quarta. ff. de acq. hæred. Dec. in l. fin. sub num. 7. C. de pact. Imol. cons. 1. col. 2. Dec. in l. pactum quod dotali. nume. 9. uersic. sexto limitatur. C. de collat. in cons. 180. col. 5. in fin. & consi. 379. Ruin. consi. 98. vol. 1. Fulgos. in d. l. pactum quod dotali, & ibi Alexan. Idem Fulgos. in cons. 73. Alex. cons. 165. in fi. uol. 7. & Ioan. Cæph. cons. 605. num. 21. vol. 4. vbi hanc veriorem, & communiorem opinionem esse affirmat, & hoc casu non procedit text. in ca. quamuis de pact. in 6. ut omnes supradicti Doctores concludunt. sed in casu nostro respectu Reuerendissimi D. Episcopi licet dicatur pactum de non succedendo tamen respectu fratrum, nepotum, & aliorum in fauorem quorum facta fuit renunciatio, seu pactum, dicitur pactum de futura successione, & in casu nostro tempore pacti non interuenit consensus huius domini Mutij iunioris, de cuius agitur successione, igitur renunciatio, seu pactum respectu huius hæreditatis non ualuit, nec ualet, & in ea nullum potest fieri fundamentum.

16 Et si dicatur quod hoc est pactum de succedendo personæ incertæ, quod valet, quia non inducit votum captandæ mortis. l. 3. §. de illo. ff. pro soc. notatur per Doct. in l. fin. Cod. de pact.

Respondetur duos considerando casus.

Primus est quando pactum est de hæreditate postquam erit quæsita, & in hoc casu loquitur text. in d. §. de illo.

17 Secundus casus est quando pactum est de hæreditate non acquirenda, & quod habet uim repudiationis, non quidem statim, sed demum sequuta delatione hæreditatis, & hoc casu non habet locum distinctio illa an agatur de hæreditate certi hominis, uel incerti, sed indistinctè huiusmodi pactum de iure ciuili non valet. d. l. pactum, nec firmatur iuramento, si non est factum illi, de cuius successione agitur, sed alteri, ex quo illius consensus non interuenit. d. l. fi.

Ratio diuersitatis inter vnum & alium casum est, quia primo casu quando scilicet pactum est de hæreditate postquam erit quæsita si persona sit incerta non inducit votum captandæ mortis ex eo, quia ille, cui fit pactum non est certus quod post mortem alicuius sit acquisiturus hæreditatem illius, quia ad acquisitionem nō sufficit mors eius, sed etiam requiritur aditio promittentis, qui forte recusabit adire ex aliis causis animum suū mouentibus. l. quia poterat. ff. ad Trebell. & qui non potest cogi ad adeundam, & qui non obligatur ex pacto, si nolit adire nec præsumetur in fraudem nolle acquirere. d. l. quia poterat, & in argum. l. qui autem in princ. de his, quæ in fraud. cred. & ideo cum persona sit incerta, & ille cui fit pactum huiusmodi non est securus etiam in casu eueniente habere hæreditatem non est mirum si ualet, cùm in totum cesset votum captandæ mortis, nec eius requiratur cōsensus, cum post hæreditatem acquisitam prosit paciscenti.

18 Secundo vero casu secus est, quia cum paciscenti possit etiam hæreditas deferri ab intestato, & cum pactum de non succedendo habeat tacitam conditionem, si ei hæreditas deferatur. l. quoties. §. fin. ff. de nouat. Bald. in l. fin. C. de pact. Imol. Paul. de Castr. in d. l. qui superstitis, & Paul. de Castr. & Alex. in d. l. pactum, utique turpe erit respectu promittentis quia ex sua promissione apparet, quod iam cogitauit de aditione vel de acquisitione illius hæreditatis, & propterea etiam ipse promittens delinquit, tamquam fuerit nimium sollicitus de hæreditate uiuentis, ut est casus in l. quidam. §. fin. de donat. & notant gl. & alii in d. l. qui superstitis. Erit etiam turpe respectu paciscentis, cui defertur etiam successio ab intestato, cum respectu ipsius inducatur votum captandæ mortis, etiam si pactum sit de hæreditate hominis incerti, quia ille certus est, quod aliquo mortuo ex comprehensis sub pacto, defertur sibi hæreditas ab intestato, & quod non potest excludi per promittentem, licet per prius ei deferatur hæreditas quia statim post delationem incipit pactum habere effectum repudiationis, & paciscenti tanquam proximiori defertur successio ex dispositione legis perinde ac si repudiatio facta fuisset post mortem simpliciter, & dependent tiam à pacto facto in vita non haberet, secundum Pau. de Cast. in d. l. pactum, & in l. si actionem. C. de pact.

Ita notabiliter, & subtiliter more suo declarat, tenet, & concludit Ruin. consi. 98. nume. 12 volu. 1.

Hac consideratione stante, sequitur clara conclusio in casu nostro, quod non tenet renunciatio, nec pactum, quia nos non sumus in primo casu, sed benè in secundo, quia non fuit factum pactum de hæreditate postquam erit quæsita, sed simpliciter pactum de nō succedendo ei cui ab intestato sibi hæreditas deferri potuisset, & respectu fratrum, nepotū, & aliorum comprehensorum in pacto, est pa

ctum

ctum de succedendo,& ideo non ualet, cum inducat votum captandæ mortis,etiam si pactum sit de hæreditate hominis incerti, quia fratres,& nepotes,& sic hæredes sui,& successores domini Marchionis Senioris certi sunt, quod aliquo mortuo ex comprehensis sub pacto defertur illis hæreditas ab intestato, & quod non possunt excludi per promittentē, & sic per dominum Episcopum,igitur renūciatio,seu pactum non tenet,nec ualet.& hoc quartum fundamentum est realissimum, & uerissimum,ut addens ad Dec.in consil. 379. affirmatiuè,& indubitanter concludit, & ferè in terminis nostris idem per hanc rationē concludunt Dec. d. consil.379.& Ruin. dict. consil 98.

Secundò nostra conclusio, & opinio apertè hac alia ratione,seu consideratione probatur.Hæc renunciatio, seu pactum de non succedendo factum fuit tempore, quo dominus ad præsens Episcopus uolebat religionē pro-

19 fiteri, vt ex contractu renunciationis apertè apparet,& ideò non tenet. Socin.consil. 183. volum.2.Corn.consi.272.uolu.3.Ruin.consi. 204.uolum.1.& Felin. inter consilia Ruini. consil.206.

20 Et si dicatur quod magis communis opinio est, quod huiusmodi renunciatio ualeat, tenent Dec.consi.31.col.2 Bald.Bar.Purpur. num.188.in l.fin.C.de pact.Couarr. in reper. c.quamuis de pact.lib.6.ubi testatur hanc esse magis communem opinionem,& Fernandus Vasquius in tract.de succ.creatione.libro 2.§.18.nu.93.

Respondeo,quod quatenus uera sit hæc secunda opinio procedit dummodo renunciatio fiat cum licentia Episcopi,seu eius Vicarii

21 intra duos menses proximos antè professionem,aliàs renunciatio etiam iurata dicitur irrita,& nullius effectus, ut prouidetur per sacrum concilium Tridentinum in ca.16.sess. 25. sed in casu nostro non constat de licentia Episcopi,seu eius Vicarii,& licet Notarius dicat licentiam fuisse obtentam per Reuerendum Donnum Hieronimum ferri eiusdem ordinis,tamen Notario in hoc non creditur, nec dicto Reueren.D.Hieronimo, ut probabitur.igitur dicta renunciatio fuit, & est irrita,& nullius effectus.

Quod notario nō credatur apparet ex duobus,& primò quia refert se audiuisse à dicto D.Hieronimo,& sic est testis de auditu,& ideo non probat.l.testium.ff.de testib. & est sine iuramento,& propterea ex hoc etiam non probat.l. iurisiurandi. C. de testib. Secundò quia notariorum est fides præstanda nisi de his,de quibus est rogatus, rogari autem non potest nisi de his,quæ tunc fiunt. §. nos autē. auth.de tabell.Bart.& Doctor.in auth.si quis in aliquo.C.de eden.Alexan.cons.10.uol.4.& Aym.Crauet.consi.88.num.21.uol.1. sed hic

22 notarius non fuit rogatus de prædicta licentia,sed de renunciatione tantum,& tunc temporis, quo facta fuit renunciatio, licentia in præsentia notarii non fuit concessa, igitur in hoc ei fides non est adhibenda. Notarius enim rogari non potest nisi de iis,quæ uidit,&c. audiuit,Innoc.in c.fraternitatis.de hære. Bal.

23 in rubr.C.de fid.instrum.col.3.& in l.cū precibus.C.de probat.& in auth. de nouo. Cod. si cert.pet.item nisi de his, quæ fiunt in præsentia sua.Innoc.in c.1.de fid. instru.& Paul. de Castr.cons.40.sed in casu nostro non audiuit licentiam ab Archiepiscopo Neapolitano, nec ab eo ipse notarius audiuit, vel vidit quando præsupponitur licentiam concessam fuisse.igitur ei nullo pacto creditur.

Quod dicto Reu. D. Hieronimo ferri non sit fides adhibenda constat similiter ex duobus,& primo quia est testis unicus. l. vbi numerus. ff. de testibus, & sine iuramento, & non est facta depositio in iudicio.dict.l. iurisiurandi.

24 Secundò in prohibitis,licet certo casu permissis, non statur uerbo dicentis casum permissum fuisse.l. qui testamentum. ff. de probat. l. cum quis decedens. §.Titia.ff.de leg.3. sed nos sumus in prohibitis, sed certo casu permissis, quia renunciatio uirtute concilii Tridentini non ualet, & fieri prohibetur nisi fiat cum licentia Episcopi seu eius Vicarii, & infra duos menses proximos antè professionem.igitur non creditur dicto donno Hieronimo dicenti licentiam sibi ab Illustrissimo, & Reuerendissimo Archiepiscopo concessam fuisse.

Tertiò, & ultimo, aliis omissis probatur ex hoc discursu, per quem apparebit renunciationem fuisse,& esse inualidam.

Hic Illustrissimus Do. Basilius tempore, quo ingressus fuit religionem clericorum regularium Sancti Pauli, cum eius personas in consequentiam ecclesiæ dicauit omnia eius bona,auth.ingressi.C.de sacrosā.eccles.quæ authen.procedit tempore ingressus etiam antè professionem,ut ibi Iaso.Dec. & alii concludunt, & non solum dicuntur dedicata bona præsentia,sed etiam futura.Salycet.in 2.colu. & Ias.nu.42.in d.auth.ingressi.

Hæc cessio, seu renunciatio facta per Do. Basilium intelligitur collata post ius quæsitū, & sic post aditam hæreditatem, & non post hæreditatem solum delatam,quia uis adeun-

25 di non potest cedi, cum non sit in bonis nostris.l.pretia rerum.ff.ad l.Falcid. & quod sit verum patet,quia renunciatio, & cessio fuit facta per ipsum Do.Basilium eius patri pro se & suis hæredibus,& successoribus.quia igitur Dominus Marchio Senior, & pater pactus fuit pro suis hæredibus, ex hoc datur intelligi, quod fuit renunciatio post ius quæsitum, quia si esset repudiatio iuris acquirendi,ex illa non potuisset ius quæri hæredibus domini Marchionis patris,cum ius adeundi antè hæreditatem aditam,non potuisset transmittere ad hæredes l.unica. §.in nouissimo. C.de caduc.

due tollen.& per hæc & alia ita eleganter cõcludit Rum.conf.98.num.13.cum seqq. uol. primo.

Post ius quæsitum Ecclesiæ solus prælatus sine interuentu,& consensu capituli non potest renunciare,cedere,uel donare,quia renũciatio,repudiatio,uel donatio,seu cessio,post ius quæsitum est alienatio.leg.magis puto.§. fundum.ff.de reb.cor.& maximè post aditã hæreditatem.Prælatus autem sine interuentu,& consensu capituli alienare non potest.c. 1.& 2.de reb.eccles.non alienan.Ad hoc igitur, ut teneat alienatio requiritur consensus prælati una cum interuentu capituli.

66

Ex prædictis sequitur,quod cum bona pręsentia,& futura D.Donni Basilij tempore ingressus dedicata fuerint ecclesiæ clericorum regulatium Sancti Pauli,& cum renunciatio per ipsum facta patri,intelligatur post ius quęsitum, & sic post aditam hæreditatem, quo tempore eius Ecclesiæ dicitur acquisita, sequitur quod in dicta renunciatione, cessione, seu donatione erat necesse, quod ultra prælati consensum, interueniret etiam consensus,& interuentus capituli,alias non ualeret,cum diceretur collata in tempus acquisitionis factæ ecclesiæ,& sic tempore non permisso clerico soli renunciare. Actus enim qui confertur in tempus prohibitum non ualet.l.quod sponsæ.C.de donat.ante nupt.propterea,ut eo tempore tanquam permisso valeret, erat necesse, & ultra prælati consensum, interueniret etiam capituli consensus, & interuentus.

His stantibus in necessariam consequentiam sequitur, quod dicta renunciatio donatio, seu cessio facta per Illustrissimum Don. Basilium non ualet, nec tenet, ex quo in ea non interuenit consensus,nec interuentus capituli ecclesiæ S. Pauli.

Ex suprascriptis appatet non obstare in cõtrarium adducta,nam licèt dictus D.Mutius iunior dicatur comprehensus sub linea paterna,& fraterna,& quod iuri de futuro per pactum renunciari possit,tamen in dicta renunciatione non includitur casus noster,tũ quia renunciatio intelligitur terminis stantibus prout erant tempore renunciationis, tum quia de hoc nostro casu non fuit cogitatum; tum quia intelligitur renunciatio iuris de futuro ex causa de præsenti,tum etiam,quia cũ cesset causa renunciationis, dicitur etiam cessare renunciatio,imò renunciatio non tenet tum quia non interuenit consensus istius, de cuius hæreditate agitur,tum quia non interuenit licentia Archiepiscopi Neapolitani, tũ quia non interuenit capituli consensus,& interuentus,& ideò Illustrissimus & Reuerendissimus Do.Donnus Basilius Episcopus Aquilanus indubitanter in hæreditate dicti Mutij mortui ab intestato uti proximior in gradu debet succedere una cum Illustrissimo D. Ascanio eius fratre vtrinque coniuncto,excluso Illustrissimo Do.Marchione iuniore uti remotiore in gradu, cum nõ simus in casu,in quo filius subingrediatur in locum patris,& ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque.V.I.D.

SVMMARIVM.

1 *Nepos in locum patris succedit quando agitur de hæreditate aui,vel patrui carnalis,& non quando agitur de succedendo alijs transuersalibus:*
2 *Fratres vterini in quibus bonis succedant in Regno.*

Consilium XXIV.

Dixi in alio consilio Illustrissimos Dominos Donnum Basilium Episcopum Aquilanum, & Ascanium Pignatelli uti patruos succedere debere in hæreditate Illustrissimi Domini Mutij Pignatelli mortui ab intestato sine liberis,non obstante renunciatione,excluso Illustrissimo Domino Marchione lauri consobrino defuncti, & quia in dicto consilio disputatum fuit solum super renunciatione. Ad præsens restat discurrere super duobus, & primo an dicti Illustrissimi Domini Donnus Basilius,& Ascanius succedere soli debeant in hæreditate Illustrissimi Domini Mutij excluso Illustrissimo domino Marchione eorum nepote ex fratre. Secundò an frater vterinus dicti Illustrissimi Dom Mutij ab intestato sine liberis defuncti debeat, & possit in dicta hæreditate succedere.

In primo dubio concludendum est dictos Illustrissimos Dominos uti patruos succedere debere in hæreditate Mutij exclusso dom. Marchione eorum nepote ex fratre,quæ conclusio lege,& ratione probatur.

Lege probatur per text.in l. auunculo.C. com.de succ.& in §.si uerò neq.auth. de hære.ab intest.

Ratione probatur,quia dicti patrui sunt in tertio gradu.§.tertio gradu. instit. de gradib. cognat. & Illustrissimus Marchio uti consobrinus est in quarto gradu. §. quarto gradu. institutio.de grad.cognat. ideo vti proximiores præferuntur.auth.post fratres.C.de legit. hæred.

1 Nec dominus Marchio succedit hoc casu in locum patris, quia filius in locum patris subrogatur quando agitur de hæreditate aui §.cum filius.insti.de hæred.quæ ab intest. vel quando agitur de hæreditate patrui carnalis tantùm,ut est casus in §.reliquum authẽ. de hæred. quæ ab intest. ubi Ang.in 3. not.dicit quod filius obtinet locum patris, quando tractarur de successione patrui carnalis tantum secus si agitur de succedendo alijs transuersalibus in vlteriori gradu positis quia tũc filius non intrat in locum patris, per illum text. quod dicit esse notandum, quia pridie con-

sul-

sultum fuit contrarium, & malè. & idem Bar.in d.auth.post fratres.expressè dicit, quod solum filius intrat locum patris, quando agitur de hæreditate aui, vel patrui, & idem Salyc ibi circa fin. Alexand.cons. 44.numer.19. vol.5.Dec.cons.1.& Gozad.consi.4.nu.32.& consi.59.numer.6.Cum igitur in casu nostro non tractetur de succedendo auo, uel patruo carnali, sed domino Mutio transuersali in ulteriori gradu posito, sequitur quod in locum patris non subintrat.

Quæ conclusio locum habet etiam in Regno, & in particulari in ciuitate Neapolitana, ut præcipue in casu simili, & in terminis concludit Neapodanus superconsuetudinibus Neapolitanis.in consuet.incip.siquis, vel si qua ab intestato decesserit.sub nu.137.fol. mihi 116.versi & sic patruus, vel amita.

Circa secundum dubium, pro eius resolutione tres sunt considerandi casus.

Primus est in bonis paternis.

Secundus est in bonis maternis.

Tertius, & ultimus est in bonis aliunde quæsitis.

In primo casu uirtute consuetudinis Nea 2 politanæ ciuitatis, quæ incipit si quis, vel si qua ab intestato decesserit sine filijs, seu liberis legitimis non extantibus debent succedere proximiores ex parte patris, & proximitas non est respectu gradus, sed bonorum, ideo in bonis paternis præferuntur coniuncti ex parte patris, etiam si remotiores sint, quam coniuncti ex parte matris, & econtra, ut ibi concludunt Neapod.num.129.versic. sed secundum hoc ius municipale, & numer. 151. Antonius de Alexandro post numer. 153. in littera A.Gaspar.de leo.post nume.167.in littera A.& Bartol.Martialis post nume.185.in littera A.in additionibus. Vnde cum in casu nostro dicti Illustrissimi Domini sint proximiores ex linea paterna, & ex parte patris coniuncti domino Mutio, certum est, quod in bonis paternis præferri debent.

Ex resolutione huius primi casus apparet veritas secundi casus, idest, quod frater uterinus, cum sit proximior, & coniunctus Mutio ex parte matris, quod præfertur Illustrissimis Dominis proximioribus, & coniunctis ex parte patris, in bonis maternis, virtute dictæ consuetudinis, tradit Afflict.decil.127.

In tertio, & ultimo casu concludas quod proximiores, ex parte patris admittuntur exclusis proximioribus ex parte matris, in bonis aliunde quæsitis à defuncto, ut probatur in d.consuetudine.incip. si quis uel si qua. in uerbis illis.ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti, præterquam an horis, quę obuenerunt defuncto à matre, uel aliquo ex linea materna, inquisitus proximiores ex parte matris succedunt. Notanda sunt secũdum Neapod.ibi.illa verba in bonis omnibus, quę significant signum uniuersale omnium comprehensiuum.l.iulianus.ff.de leg.3.& ideò in bonis à defuncto quæsitis succedunt proximiores ex parte patris, & dicit quod in hoc corrigitur ius cõmune a quo sublata est differentia agnationis, & cognationis in bonis à defuncto quæsitis.ut notant Doct.in auth.itaque.C.com.de success.

Hæc conclusio habet locum tam si tractemus antiquis, quam nouiter acquisitis. ut ibi concludit Ant.de Alexand.in addit. & ratio est, quia uti propter generalitatem illorum verborum dicta consuetudo locum habet in bonis a defuncto quæsitis, ita propter eandem rationem generalitatis locum habet in bonis de antiquo quæsitis. confirmatur hæc conclusio hac alia ratione.

Exceptio firmat regulam in casibus nõ exceptuatis.l.nam quod liquido.§.fi.ff. de pæn. leg sed in dicta cõsuetudine sit regula, quod proximiores ex parte patris in omnibus bonis defuncto sine liberis succedunt, & à dicta regula excipiuntur bona materna, vel quæ obuenerunt ex linea materna, in quibus proximiores ex parte matris admittuntur, igitur dicta exceptio firmat regulam in casibus non exceptuatis, & consequenter proximiores ex parte patris præterquam in bonis maternis, uel in bonis obuentis ex linea materna admittuntur in omnibus alijs bonis siue paternis, seu de nouo à defuncto acquisitis, siue in bonis antiquis similiter acquisitis, & iudicio meo hæc est indubitata conclusio.

Ex prædictis apparet quod dicti Illustrissimi Domini patrui in bonis paternis, & in bonis à defuncto acquisitis præferri debent fratri uterino uirtute dictæ consuetudinis.

Qua consuetudine uti possunt etiam clerici.Neapod. in præfationibus ad consuetudines Neapolitanas.num.293.& in d. consuetud.si quis, uel si qua.num.249.cum seqq.& late in similibus terminis Alex.cons.211.uol. 2.Tiraq.in tract.lignagier.§.1.glo.§.num.41. & glo.13.num.2.cum seqq.& in tract primi gen.quæst 43.& quæst.44.ubi testatur de cõmuni, & multos allegat Doctores, quos breuitatis causa omitto.& Carauit. super ritibus magnæ Curiæ Vicariæ in ritu 166.nume. 34. cum seqq.

Et ita prout supra dixi.consulo, & iuris esse censeo, ego Alexander Trentacinque. I.V.D.

SVMMARIVM.

1 *Ius congrui in datione insolutum necessaria non habet locum.*
2 *Lex loquens de alienatione debet intelligi de voluntaria, & non de necessaria.*
3 *Alienatio necessaria quando dicatur.*
4 *Ius congrui in datione insolutum voluntaria non habet locum, sed contra nu.5.*

Con-

Consilium XXV.

Dubitatum fuit an ista re insolutum data per Ioannem Sanctum Bastiani domino Andreæ Ardinelasi Florentino habeat locum ius retractus,& consequenter res ipsa retrahi possit propinquioribus, & coniunctis virtute constitutionis huius regni, incipientis, sancimus.

Pro resolutione huius dubii, quod sæpe sæpius in facto coram iudicibus occurrere solet duo sunt principales considerandi casus.

1 Primus est, quando sumus in datione insolutum necessaria, quæ fit a iudice pro executione rei iudicatę, & in hoc casu concludendum est ius retractus, protomiseos, seu congrui locum non habere, et ita tenuit Matth. de Afflictis in tract. protomiseos, in verbo, licet enim supra diximus, col. 6. vers. sed iuxta prædicta quæro, num 16. & vltra eum ita tenent Ioan. An. Plat. in l. 1. colum. 2. vers. item est argumentum. C. de fund. patrimon. libro 11. Maffuer. in tit. de execut. & subhasta. in §. item in precij distributione, ad fin. Ias. in l. cætera. §. sed si separauit. col. 1. uers. item per istũ testum. ff. de legat. primo. Fabian. a monte, & Sebast. in tract. de emption. & venditio. in 21. quæst. 3. q. princip. Dec. in consi. 160. col. 2. Ferdinan. Loaz. in l. filius familias. §. Diui, n. 228. & num. 485. ff. de leg. 1. Ioannes Coras. in lib. 3. miscell. cap. 3. Tiraquellus in tract. de utroque retract. in §. 1. gloss. 14. nume. 8. Roman. in consi. 107. Gozadin. in consi. 103. numer. 21. Aymon Crauett. in consi. 215. uolum. primo. Capyc. decis. 99. colu 2. Rolandus à Valle in consi. 21. volum. primo. & Curt. sen. in consil. 27. in 2. dubbio, nume. 16. & ratio est, quia lex loquens de alienatione debet intelligi de voluntaria, & non de necessaria l. alienationes. 2 ff. famil hærciscund. l. 1. ff. de fund. dotal. & l. diuus. ff. de pet. hær.

Hinc est, quod prohibitio de non alienando facta per testatorem non extenditur ad alienationem necessariam. l. peto. §. prædium & ibi notat Bar. ff. de leg. 2. tradit Alex. in cõs. 206. nu. 4. vol. 6.

Hinc etiam est, quod statutum disponens nullam esse obligationem mulieris factam sine consensu propinquorum non habet locũ in obligatione necessaria. l. 1. Co. quando decreto opus non est, tradunt Roman. in consi. 280. Alex. in consil. 215. uol. 6. Socin. in consi. 80. col. fin. uol. 4. & Ias. in l. si unus. §. pactus ne peteret, colum. 8. versicu secundo principaliter. ff. de pact.

Et hinc est omissis alijs, quod licet emphiteota rem sine domini consensu alienare nõ possit. l. fin. C. de iure emphit. tamen a iudice saluo iure canonis res emphyteota creditori dari insolutum, seu adiudicari potest sine domini consensu Bald. in c. 1. colum. 3. de prohibit feud. alienat. per Federic. Ias. in l. fi. Cod. de iure emphit. Afflict. decisi. 191. & Capyc. decisio. 99.

3 Et alienatio dicitur necessaria, et sic datio insolutum ex necessaria causa facta dicitur, quando iudiciaria authoritate, & sic cum decreto iudicis est facta Bald. in c. 1. in princ. & in 4. col. de prohibita feud. alienat. per Federic. Afflict. decis. 191. nume. 2. immo datio insolutum necessaria est, quando fundus a iudice factis subhastationibus adiudicatur creditori, secus si alteri adiudicetur fore plus offerenti, quia non est datio insolutum, sed mera venditio Bald. in consi. 300. uolum. primo quem sequitur Tiraquellus in dict. §. 1. gloss. 14. num. 18.

4 Secundus casus principalis est in datione insolutum uoluntaria, quæ fit ab ipso debitore creditori, & iste est proprie casus noster, & in hoc casu reperio duas doctorum opiniones. Quarum prima est, quod in ista datione insolutum uoluntaria non habet locum constitutio Regni, & sic ius congrui, seu retractus, quam opinionem tenuerunt Speculat. in titu. de empt. & vendit. §. nunc dicendum, el 2. uersi. sed pone statutum, vbi dicit id fuisse obtentum, & ibi Ioan. Andr. in addit. idem Io. Andr. Anton. & Petr. de Ancharan. in ca. constitutus, extr. de restitut. in integr. Lucas pen. in l. vltima, col. 1. uers. item, quod non potest. C. de præd. Cur. lib. 11. Ioann. Port. in l. senatus. ff. de leg. 1. Alex. in consi. 76. col. 3. uol. 5. Francisc. Aret. in cons. 124. eximie domine col. pen. Corn. in cons. 166 uolu. 2. Gerard. Bago in sua repetitione retractus, uers. secunda conclusio est, quod in re data, Guido Papæ decis. 257. Felin. in c. vlt. colum. pen. uers. Fallit tertio, extr. de accusat. Firmian. in tract. gabellarum in tertia parte octauæ partis princip. in 3 quæst. in uersic. in quæstione tamen proposita, Ias. in cons. 150. vol. 4. Ioannes Crotus, Ferdin. Loaz. & Ripa in l. filiusfamilias, §. Diui. ff. de leg. primo Paris in consil. 82. nu. 18. uol. 3. & Iacob. a Sanct. Georg. in tract. de Roydis colu. 9. uersic. item dubitatur, an præsupposita, & Franciscus Viuius in libro 2. Siluæ communium opinionum in opinione 830.

Supradicti Doctores mouentur, & pluribus, sed omissis leuibus ex infrascrita ratione mouentur.

Dicta constitutio, sancimus, dicitur exorbitans, quia regula est, quod quilibet est rei suæ moderator & arbiter. l. in re mandata. C. mandat. & ideo cum prohibeat liberam alienationem, & maximè præcipiat vendi vni magis, quam alteri, dicitur odiosa & restringenda. l. dudum. C. de contrahend. emption. & propterea verba dicta constitutionis sunt stricte & proprie intelligenda. leg. constitutiones. ff. ad municipal. & l. 3. § hæc uerba. ff. de negoc. & pro-

gest.sed dicta constitutio, sancimus loquitur in contractu emptionis, & venditionis, qui contractus proprie & stricte ponitur pro contractu emptionis, & uenditionis, qui differt ab alijs contractibus, qui censentur habere speciale & proprium nomen, & ideo iudicatur contractus nominatus.l. iurisgentium, in princ.cum ibi notatis ff.de pact. & proprie & stricte non comprehendit alios contractus, nam si tale uerbum proprie sumptum conueniret etiam alijs contractibus, tunc cōtractus emptionis,& uenditionis non uendicasset sibi speciale nomen,sed staret sub nomine generali, & successiue non iudicaretur contractus nominatus,sed innominatus,sed hoc dicere est falsum,ideo istud nomen non est generale, & æquiuocum ad plures contractus, sed est nomen conueniens soli uni speciei cō tractus,qui solo consensu celebratur, interueniente scilicet ex una parte precio certo in pecunia numerata,& ex altera specie.leg.1.ff.de contrahend.empt.& instit.eo.tit.§. precium, igitur dicta constitutio loquens in contractu emptionis, & uenditionis non habet locum in contractu dationis insolutum. Corroboratur hæc ratio, datio insolutum uicem emptionis obtinet.l.si prædium.C.de euict.ergo non est uenditio, cum nullum simile sit idē. l.quod nerua.ff.deposit.& aliud est tale,aliud uice, seu loco talis.l.merces. ff.de uerbor. significat. uerbum enim, uicem, exponitur, idest,loco,& denotat improprietatem. l.2.& ibi notatur.Cod. de adoption. & ad uicem, exponitur, id est, ad similitudinem.leg uni. unica, in princip. ff. de officio. præfect. prætor.

Cum igitur uerbum uenditio proprie in dicta constitutione, sancimus, accipiatur, & datio insolutum non est proprie uenditio, sequitur, quod ipsa constitutio loquens in contractu emptionis, & uenditionis,non habet locum in contractu dationis insolutum, comprobatur etiam, quia titulus pro soluto est prorsus diuersus, & alius titulus,quam pro emptore.leg.1.ff.pro soluto, et leg. 2. pro emptore.

Secunda est opinio,quod in ista datione in 5 solutum uoluntaria habet locum ius congrui uirtute dictæ constitutionis, sancimus,quam opinionem tenent Ioannes Faber, & Alber. in l.si prædium.C.de euict.idem Alber.in l.cętera.§.sed si separauit.ff.de legat.primo & ibi Ias.& Alber.in prima parte statutorum,quæst. 88.supposito statuto prædicto,& iterum in 2. parte,quæst.2.ex prædictis oritur.col.1. uersi. ex prædictis colligi potest,Bald.in tract.de iure protomiseos,sub numer.13.in uersicul.sed utrum hæc constitutio.Ioan Plat in l.1. colu. 2.uersic.item est argumentum.C.de fund.patrimon.lib.11.Ludou.Bologn.in cons.21.stat statutum,& in cons.25.in amplissimo,colu.4. Dec.in cons.160.& in consil. 586. Fabianus a monte Sanct.Sebast. in tractat. emption. & uendit.in 21.q.3.quæst.princip. Boerius titulos de utroque retractu.§.3. colum. 1. Chass. in eod.titu.consuet.Burggun.§ 9.nume.5.gl. Parisiensis in tit.1.§ 13 glo.5 in 10.quæst.Ferro.in consuetud.Burdig.in eod.titul. §. 25. in princip. Alciat.in lib.2.de verb.signifi. uersic. lex ait rem uenditam. Tiraquellus de utroque retractu.§.1.glos.14 & Ioannes Coras.in lib.3.miscell iuris ciuilis in cap.3 & Ioan.Cæphalus in cons.159.uol. 2. supradicti Doctores mouentur hac ratione.

Statutum istud loquens in uenditione habet etiam locum in datione insolutum uoluntaria,& ratio est, quia datio insolutum satis venditio est.l.si prædium,in fine.C.de euictio.l.litis æstimatio.ff.pro emptore.l.eleganter,in princ.ubi Bart.Bal.& Castren. de pign. action.glo.in l.a diuo Pio,§. si pignora, de re iudicat. Bart.in l.1.§ cum prædium,colum.2. vers.illi tamen.ff.de pignor.unde cum uenditio & datio insolutum æquiperentur, dispositum in uenditione,habet etiam locum in datione insolutum uoluntaria etiam in materia stricta iuxta glossam in l.si qui seruo. Cod.de furt. cum similibus, item cum appellatione uenditionis saltim largo modo ueniat datio insolutum Dec. in consi.586.num.7.igitur dispositum in uenditione saltim extensiue debet procedere etiam in datione insolutum uoluntaria.l.filium habeo,ad Macedon.est etiam ratio,quia in isto casu,cum eadem ratio uideatur in datione insolutum, quæ inest in uenditione dispositum in uenditione, uidetur habere locum in datione insolutum,quia etiam in exorbitantibus fit extensio propter identitatem rationis,ut notatur per glos. in l.si constante,in princip.ff.solut.matrimon.in leg.prima.Cod.de his, qui ante apert. tabul. in leg. illud, ubi Bartol. Cod. de sacrosanct. eccles.

Ego ultra supradictam rationem,probo in terminis nostræ constitutionis hanc uer ssimam conclusionem hac uerissima ratione. Pondero illa uerba, Et uoluerit alienare prædictas res) sub uerbo alienationis contineture omnis species contractus, per quem dominium transfertur.c.1.de alienat.feud.pat e tn. c.nulli,de rebus eccles.non alienand.l.1.C. de fund.dotal.l.alienationis.ff.de uerbor.signifi. & l.1.C.de iure emphit.sed per dationem insolutum transfertur dominium, igitur sub dicto uerbo alienationis,continetur etiam datio insolutum,& si dixeris,quod dicta constitutio loquitur de alienatione,quæ fit per uenditionem,uel per emphyteosim, uel locationem.& sic constitutio se declarat,in qua specie alienationis procedat, & cum sit contra ius commune, non est extendenda ad alios casus,cum strictam, recipiat interpretationē. leg.3.§.hæc uerba. ff.de negoc. gest.& l.quicquid astringendæ. ff. de uerbor.obligatio.

Re-

Respondeo, quod dicta constitutio loquitur generaliter in omni specie alienationis, & dicta uerba per venditionem, vel per emphyteosim, vel locationem, sunt ibi posita gratia exempli, & sic regulam non restringunt lege damni infecti, la secunda, ff. de damn. infect. & quod hoc sit uerum, probatur in illis verbis positis in dicta constitutione.

Causa dotis & cætera) in quo loco fit exceptio a regula posita in principio constitutionis, & disponitur, quod ius congrui locum non habeat in causa dotis, vel donationis propter nuptias, vel simplicis donationis, vel donationis causa mortis, vel ex testamento, uel ex permutatione, uel ex transactione, modo sic. exceptio firmat regulam in casibus non exceptuatis. leg. nam quod liquidæ. §. final. ff. de pœna legat. igitur præterquam in casibus supradictis exceptuatis habet locum ius congrui, sed datio insolutum non excipitur a regula, ergo in ea ius prædictum congrui locum habet.

Corroboratur hæc ratio, si sub illo verbo, voluerit alienare, non comprehenderetur nisi uenditio, emphyteosis, & locatio, & sic illa verba, per venditionem, uel per emphyteosim, vel locationem essent posita, & verbum alienare, restringeret, & declararet, quod præterquam in illis casibus ius protnomiseos locum non haberet, sequeretur, quod demum exceptio illa posita in uerbis illis.

Causa uero Dotis & cætera Frustatoriæ posita essent, & sic frustratoriè exciperetur causa dotis, donationis propter nuptias, simplicis donationis, donationis causa mortis, uel ex testamento, vel ex permutatione, uel ex transactione, sed hoc dicere est absurdum argum. leg. siquando. ff. de legat. primo ergo absurdum est etiam dicere, quod illa uerba sint posita declaratiuè & restrictiuè, & non causa exempli, & hæc ratio est indicio meo uerissima, & propter istam rationem, & propter primam nullo pacto est discedendum ab hac uera opinione.

Hac igitur opinione uerissima stante, non obstant Doctores in contrarium adducti, quia eos considerando loquuntur in datione insolutum necessaria, Speculator enim, qui fuit author istius opinionis loquitur in datione insolutum necessaria, vt dicit Decius in consilio centumsexagin ta, & Corasi. in dicto capitul. tertio, & in ea similiter loquuntur Ioannes Andreas, Ancharanus, Antonius, Lucas de Penna, Ioannes Crotus, Ferdinandus Loaz, & Ripa, qui simpliciter referunt opinionem Speculatoris, Matthęus de Afflictis similiter in ea loquitur. Parisius in dicto consilio octuagesimosecundo, non loquitur in nostra constitutione, imo expresse dicit, quod in nostra constitutione habet locum etiam casus fictus, & sic datio in solutum, quæ fictè dicitur venditio, & alij Doctores similiter loquuntur in datione insolutum necessaria, cum se fundent in authoritate Speculatoris, vt in specie ita Doctores concordando dicit Ioannes Cæphalus in dict. consilio centumquinquagintanono, numer. vigesimoquarto, & Coras. in libro tertio miscell. in capitul. tertio nec in Francisco Viuio est facienda uis, quia dicit istam distinctionem esse uerissimam, vt apparet in opinione centumseptuagesimaquarta, numero nono, & sic ibi se declarat.

Nec obstat ratio in contrarium adducta, nam non est verum, quod loquatur in emptione, & venditione solum dicta constitutio, sancimus, sed vt vidistis, loquitur in alienatione, immo etiam quod loqueretur in venditione extenditur ex identitate rationis ad dationem insolutum, ut similiter uidistis ex prima ratione.

Nec obstat, quod verba dictæ constitutionis strictæ, & propriæ intelligenda sint dicta lege tertia. §. hæc uerba. ff. de negociis gestis, quia dicto §. hæc verba, loquitur inspecta verbi significatione, non autem quando fit extensio ex identitate rationis, nam tunc non obstante verbi significatione fit extensio, vt colligitur ex dictis per Socinum in lege tertia in principio columna prima de acquirend. possessio. etiam in materia statuti, ut tradit Decius in leg. qui cum alio, numero octauo, ff. de regul. iur. & in cap. quia fronte, numero quinto, extr. de appellatio.

Nec obstat, quod datio insolutum sit ad similitudinem emptionis, & sic quod improprie, & ficte sit emptio, quia constitutio antedicta, sancimus, cum sit imperialis, habet locum etiam in casu prçsumpto, & ficto, & consequenter etiam in venditione ficta, ut tradit Matthæus de Afflictis in dicta constitution. in §. secundo, numero septimo quem sequitur Parisius in consilio octuagesimosecundo, numero decimoquinto, & decimosexto, & vigesimoseptimo, volumine tertio, & non mirum, cum in utroque eadem vigeat ratio, ideo eadem dispositio locum habere debet lege his solis. Codic. de reuocand. donation.

Ex prædictis apparet ius congrui habere

bete locum etiam in datione insolutum voluntaria, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

Et ita fuit tacite decisum per Curiam Aquilanam, opposita enim fuit hæc exceptio dationis insolutum voluntariæ in termino dato ad proponendum exceptiones impedientes litis ingressum, & tandem facta longa discussione in ea reiecta, vti non militante, fuit datus terminus in causa nostra.

SVMMARIVM.

1 *Ius congrui in datione insolutum an habeat locum pro ea parte, pro qua vicinus contiguus est.*

Probatur hoc affirmatiuè authoritatibus Excellentissimus Doctorum, Iasonis, Petri, Bessutij, & Tiraquelli, & duabus pulchris rationibus, deinde negatiuam amplectitur nimirum, quod dominus vicinus stabulo Paleario, & horto possit iure congrui virtute constitutionis, sancimus, redimere prædicta, & quod non teneatur domum distinctam separatam, ac longè distantem à stabulo Paleario, & horto redimere.

2 *Debitor inuito creditore pro parte soluere non potest, & probat hoc per duos textus ad quos accedit quoque authoritas Iasonis, qui alios duos etiam adducit, ut videre est, declara nu. 8.*

3 *Datio insolutum est indiuidua, quæ infirmatur, & resciditur maximè quando fit pro pluri, quam sit debitum, nam tunc funditus euertitur. declara nu. 6. & 7.*

4 *Vendens plures res uno precio, vicinus in re sibi contigua solum ius congrui petere potest, allegat rationem dicens, quia licet istæ res diuersæ unico pretio sint uenditæ tamen plura sunt corpora diuisa, quapropter tot separatæ erunt quot uenditiones, quod extendit exemplificando.*

5 *Remouet quandam tacitam oppositionem, & extendit rationes dicens, quod rationes, quę habent locum in uenditione, militant quoque in datione insolutum, nam etiamsi dantur plures res insolutum uno pretio, attamen plura corpora separata sunt & alia perpulchra ibi videbis, dein de respondet ad contraria considerando duos casus*

8 *Respondet ad aliam obiectionem nimirum ad eam ubi dicebatur, quod datio insolutum erat indiuidua respectu debiti, & dicit quod quoad effectu solutionis, & liberationis dicitur diuidua.*

Consilium XXVI.

Ioannes Sanctus Bastiani dedit Domino Andreæ Ardiuobelli vnam domum stabulum, Paleare cum horto insolutum pro mille, & tercentum ducatis, stabulum cum Paleareo, & horto est distinctum, diuersum, & separatum a domo.

Quidam Dominus contiguus est solum stabulo, Paleareo, & horto, & non domui, ideo petiit iure congrui virtute constitutionis Regni, sancimus, sibi stabulum, & hortum Reuerendi Dominus Andreas dicit, quod vicinus tenetur redimere etiam domum cum stabulo, Paleareo, & horto pro dictis mille, & tercentum ducatis, & sic quod tenetur omnes res sibi insolutum datas redimere, vel omnes dimittere, dubitatur quid iuris.

In præsenti dubio videbatur prima facie concludendum, Vicinum iure congrui ex dispositione, constitutionis, sancimus, obligatum esse, domum, stabulum, Paleare, & hortum, & sic omnes res insolutum datas pro mille, & tercentum ducatis redimere, vel omnes dimittere, nec posse solum stabulum, paleare, & hortum petere, & domum dimittere, & hæc conclusio probari videtur authoritate, & ratione.

Authoritate probatur, nam ita tennit Petrus de Bessutijs in leg. scire debemus, ad finem

finem principii. ff. de verborum obligatio. quem refert, & sequitur Iason. in leg. stipulationes non diuiduntur, sub numero secundo in versicul. ad ista etiam adde quæstionem, quam alibi insignis Doctor. ff. de verborum obligatio.. quam opinionem sequitur etiam Tiraquellus in tractatu de utroque retract. in §. 23. gloss. prima numero 25.

2 Ratione probatur primo, quia considerata causa primitiua unum erat debitum indiuiduum, in quo debitor. non potuisset pro parte soluere inuito creditore. leg. tutor. §. Lucius. ff. de usur. & leg. quidam extimauerunt. ff. si cert. petat. ergo non debet ex post facto admitti particularis redemptio vicinis pro qua ratione secundum Iasonem faciunt duo textus, vnus in leg. tutor. ff. de fideiussor. in uersicul. non titulus actionis, sed debiti causa respicienda est, et alius in leg. qui id quod. ff. de donat. in versic. causam enim, & originem constitutæ pecuniæ prævalere.

3 Secundo, & ultimo probatur, quia datio insolutum omnino est indiuidua, & ideo ea tota rescinditur, & infirmatur. leg. cum amplius. ff. de regul. iur. & leg. si non sortem. §. si centum. ff. de condictio. indebit.

Hinc est, quod si ipsa insolutum datio fiat pro pluri, quam sit debitum, uitiatur omnino, Barto. Fulgos. Paulus de Castro, Alexand. Curtius Senior. Socin. & Iason, in d. §. si centum, Bald. Franciscus Aret. Socin. & Dec. in leg. certi condictio. §. quoniam. ff. si cert. petat.

His tamen in contrarium adductis non obstantibus in contrarium se habet ueritas, uidelicet, quod dominus Vicinus stabulo, palearco, & horto, possit iure congrui, uirtute constitutionis, sancimus, redimere prædicta, & quod non teneatur etiam domum, cui non est uicinus, & quæ distincta, separata, diuisa & longe distata stabulo, Paleareo, & horto redimere, & quod hæc conclusio sit uera, probatur hac consideratione.

Si quis uno contractu, ac pretio uendat

4 res duas, quarum una sit mihi uicina, altera non sit, possum retrahere eam, quæ mihi uicina est, & alteram non uicinam relinquere, ita tenuit Bald. in tractat. protomiseos, columna penultim. uersicul. sed pone, quod quis habens, & post eum Matthæus de Afflictis in eodem tractatu, in uerbo, scriptum est, colum. 2. uersic. quarto nota, & Tiraquellus in tractatu de utroque retractu. §. 23. gl. 1. nu. 1. & ratio est.

Quia licet iste res diuersæ unico precio sint uenditæ, tamen plura sunt corpora diuisa, & ideo quot sunt separatæ, una ab alia, tot sunt uenditiones, argument. leg. scite debemus. ff. de uerbo. oblig.

Hinc est, quod licet si plures fundi sint uenditi unico precio, si euincitur unus fundus, ad illum unum agitur de euictione, ut in l. cum plures. ff. de euictio. sic etiam dicendum, si in una re uendita uicinus habet ius protomiseos, ut in illa tantum ius congrui locum habeat, nec est conueniens, quod propter unam rem uenditam, ad quam locum non habet ius congrui, nec illam uult emere, quod uicinus in alia re sibi contigua perdat ius congrui habens a iure communi per illam legem, sancimus, quia beneficium concessum a lege per priuatum tolli non potest. §. non solum. authentic. de nupt. & neque per alterum debet iniqua conditio alteri afferri. leg. non debet. ff. de regul. iur.

5 Et si dixeris, quod prædicta locum habent in uenditione, at nos loquimur in datione insolutum.

Respondeo, quod cum dicta datio insolutum fuerit voluntaria, in effectu uenditio iu dicatur, quia dare insolutum est uendere, ut notat Barto. in leg. prima. §. cum prædium. ff. de pignor. Socin. iun. in consilio 47. sub numero nono, volum. secundo, & Cæphalus in consilio 159. numero vigesimoprimo, uolum. secundo, & rationes, quæ militant in venditione, militant etiam in hac datione in solutum, quia licet sint plures res datæ insolutum unico precio, tamen sunt plura corpora diuisa, nec est conueniens, quod propter unam rem datam insolutum, ad quam quis non habet ius congrui, uicinus in alia re data insolutum, & quæ sibi contigua est, perdat ius congrui, & sic quod beneficium sibi per legem concessum, per priuatum tolli possit, & quod per alterum alteri iniqua conditio inferri possit, ne igitur ista inconuenientia sequantur, concludendum est habere locum supradicta in uenditione, etiam in datione insolutum voluntaria.

Hac consideratione iudicio meo uerissima stante, non obstant authoritates, nec rationes in contrarium adductæ, & pro resolutione duo sunt consideranda casus.

Primus est, quando loquimur in datione insolutum necessaria.

Secundus est, quando loquimur in datione insolutum uoluntaria, quæ per partem parti fit, & iste est casus noster.

6 Si primo casu loquimur, & tunc datio insolutum dicitur indiuidua. leg. cum amplius. ff. de regulis iuris, & leg. si non sortem. §. si centum. ff. de condictio. indebit. & ibi Bartol. Fulgosius Paulus de Castro Alexand. Franciscus Curtius Senior, Socin. & Ias. & Baldus Franciscus Aret. Socin. & Dec. in l. certi condictio. §. quoniam

ff si cert. petat, & in hoc casu loquuntur Doctores, quando dicunt dationem insolutum esse indiuiduam, ut concludit Dec. in l. cum amplius ff. de reg. iur. nec in casu nostro obstat ratio considerata per iurisconsultum in d. §. si centum, dum dicit dationem insolutū esse indiuiduam, quia nemo cogitur stare in communione, ex quo sunt res distinctę, & diuersę, & sic si in parte fiat retrouenditio, & sic de stabulo paleareo, & horto, non cogitur dominus Ardinchellus stare in communione, & propterea cessat prædicta ratio, & in hoc casu loquitur Ias. in d. l. stipulationes non diuiduntur, nam supra loquitur de materia indiuidua, & deinde continuando materiam indiuiduitatis refert quæstionem Petri de Bellutio, qui Petrus propter rationem indiuiduitatis fundat eius conclusionem, & sic non obstat etiam secunda ratio in contrarium adducta.

Si secundo casu loquimur, & tum datio in solutum dicitur diuidua Dec. in l. cum amplius. ff. de regul. iur. & in d. §. quoniam, in 3. nor. Roman. in cons. 450. numer. 4. ubi Horatius Mandosius in additionibus asserit esse communem opinionem, Cardin. Paris. in cōsil. 8 r. num. 36. volum. primo. Ias. in d. §. si centum, nume. 2. & Viuius in libro primo Siluæ communium opinionum, in opin. 174. num. 4. ubi asserit esse communem opinionem, & ab ea indecisiuis non esse recedendum, & in isto casu nos loquimur, & propterea cum sit ista datio insolutum diuidua, cessant authoritates, & rationes in contrarium adductæ, & militant rationes, quæ anteponuntur in uenditione, & ideo quod per doctores deciditur in isto casu retractus, habet locum etiam in hac datione insolutum uoluntaria.

Nec obstat dum in prima ratione dicebatur eam dationem insolutum esse indiuiduā respectu debiti, cum debitor soluere non potuisset inuito creditore, quia respondetur, quod quo ad effectum solutionis, & liberationis dicitur diuidua, partis enim solutio, pro illa parte affert liberationem. l. 2. §. 1. ff. de uerbor. obligat. quod intelligitur creditore uolente partem recipere ab ipso principali debitore, secus si ipse non vult recipere, quia non cogitur. l. tutor. §. Lucius. ff. de usur. & sic creditore nolente dicitur indiuidua, & creditore uolente dicitur diuidua, ita ultra alios tenet Vincentius Herculanus in l. in executione, nu. 88. ff. de verb. oblig.

Cum igitur creditore uolente fuerit facta pro parte datio insolutum in casu nostro, non est dubium, quod dicitur diuidua, & non indiuidua.

Ex prædictis apparet posse dominum Vicinum stabulo, paleareo, & horto, redimere iure congrui uirtute constitutionis, sancimus, stabulum, paleare, & hortum, & non posse cogi ad emendum domum separatam, diuisam & distinctam a prædictis, & sic non militare illud, aut totum emas, aut totum dimittas, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

In quadam causa emptionis uertente inter magnificum Ioannem Marinum Emilianū ex una parte, & inter Georgium Eusanium ex altera parte in sacro consilio fuit decisum ius congrui locum habere pro ea parte, quæ est contigua & uicina, & sic non militare, aut totum emas, aut dimittas, causæ commissarius fuit Illustris Dominus Teodorus regius consiliarius, processus est in bancha Marci Carboni, sententia lata fuit die 14. mensis Martii 1587.

SVMMARIVM.

1 *Canonicus seu Capellanus etiam nouiter electus & etiam post expensas factas in lite tenetur contribuere in expensis litis, & maxime in distributionibus.*

2 *Fructus recollecti ex Capellis deseruientibus distributionibus ordinarijs percipiuntur a capitulo, & iure capituli.*

3 *Collegium quando ad aliquid est obligatum omne de collegio obligari existunt, id est non solum illi, qui præerant in illo collegio tempore debiti contracti, sed etiam alij, qui de nouo succedunt.*

4 *Fructus non dicuntur percipi, non deducta expensa.*

Consilium XXVII.

Dubitatur, an ad expensas factas per capitulum uenerabilis, & collegiatæ ecclesiæ sancti Petri de popleto propter litem ei moram per uniuersitatem & homines Castri labaretis ratione quorundam Capellaniarum deseruientium distributionibus quotidianis teneatur ad contribuendum in eis canonicus, seu capellanus etiam si esset nouiter electus, & etiam post expensas in lite factas, et maxime de distributionibus ipsis.

In hoc dubio breuiter concludendum est, canonicum, seu capellanum etiam nouiter electum, & etiam post expensas factas in lite debere contribuere ad expensas dictæ litis, & maxime de ipsis distributionibus, quæ conclusio probatur authoritate, lege, & ratione.

Authoritate sic in specie tenet Calder. in cons. 21. in uers. & ad onus sub tit. de præben. facit Abb. in c. 1. in prin. ext. de solu. ubi per illum textum tenet, quod successor in beneficio tenetur soluere debita prædecessoris pro necessitate ecclesiæ contracta, & in cap. quod quibusdam, nu. 7. extr. de fideiuss. & Archid. in can. sunt nōnulli. 1. q. j. ubi dicit, quod si pro impēso obsequio ecclesiæ, prælatus quicquā pro-

promiserit, ecclesiam suam cum omni effectu obligauit, & ideo promissore mortuo successor promissum soluere tenetur, & in c. an. decessorum. 25. q. 2.

Lege probatur in cle. 1. de censib. vbi Zen. intelligit illum textum non solum de oneribus in futurum soluendis, sed etiam de hactenus non solutis in præteritum. l. cum possessor, de cens. & l. apud Iulianum. §. hæres ff. de leg. 1. probatur etiam in cap. 1. ext. de solut. & facit text. in l. iure prouisum. C. de fabricens. libr. 11.

Ratione verificatur. Fructus præteriti, præsentes, & futuri, qui fuerunt recollecti, & recolligentur ex capellis deseruientibus distributionibus quotidianis obueniunt capitulo, & percipiuntur à capitulo & iure capituli, & non iure particularium Canonicorum, seu Capellanorum, ita quod nullus Canonicus, seu Capellanus ius in eis habet, sed solum capitulum, licet postea de consuetudine diuidantur inter Canonicos & Capellanos, pro quo facit, quod notatur per glos. fin. in c. cum dilecta, de rescript. & idem est capitulum præsens, præteritum & futurum, glos. antepen. in c. si sententia, de sentent. excommunicat. in 6. facit l. sicut municipium. §. si quid vniuersitati. ff. quod cuiusque vniuersit. nom. Cum ergo prædicti fructus obueniant capitulo, & nomine capituli, illi autem, qui nunc sunt dicuntur de capitulo, sicut & antiqui, igitur vti inter eos diuidi debent, ita & onus inter eos est repartiendum, cum qui, uti commodum sentit, ita & onus sentire debeat. ca. qui sentit, de reg. iur. libr. 6. & ideo per hanc rationem Calderin. in d. consi. 21. concludit, quod fructus ecclesiæ vno anno non exacti, si anno sequenti exigantur, debentur non solum illis, qui præerant tunc temporis, sed etiam nouiter creatis, & sic e contra onus sufferre debent antiqui & noui canonici, seu capellani, cum dicti fructus obueniant capitulo & iure capituli, & non iure particularium personarum, & ideo quando fit diuisio fructuum & onerum, attēditur tempus diuisionis, quo tempore omnes sunt sub capitulo, & Calderinum sequitur Felinus in capit. Iacobus, in princip. extr. de simon.

5 Probatur etiam quando collegium ad aliquid est obligatum, omnes de illo collegio obligati existunt, id est non solum illi, qui præerant in illo collegio tempore debiti contracti, sed etiam alij, qui de nouo succedūt, cum collegium obligatum dicatur. l. iure prouisū. C. de fabricens. libr. 11. vnde cum fructus Capellaniarum deseruientium distributionibus quotidianis debeantur collegio seu capitulo, & iure capituli, & pro illis capellis debitum contractum fuit per capitulum, ad hoc vt in ipsa ecclesia maiores distributiones existerēt, sequitur, quod ad debitum per capitulum contractum ratione dictarum capellaniarum deseruientium distributionibus quotidianis, obligati existunt, non solum, qui tunc temporis præerant capitulo, sed etiam alii, qui postmodum de nouo creati fuerunt.

Facit etiam hæc alia uerissima ratio. Pro dictis capellis, seu distributionibus debitum contractum fuit, vnde fructus capellaniarum & consequenter distributiones intelliguntur deductis expensis Bald. in leg. prim. colum. 2. C. de fruct. & lit. expens. nam ipsi fructus dicuntur non percipi, quando non est deducta impensa. l. fructus. ff. solut. matrimon. tradit Bart. in l. si merces. §. vis maior. ff. locat. & ideo fructus dicuntur deducta impensa & onere, & non alias, late Ioannes Lup. in repe. rub. de donat. inter uir. & vxor. colu. 47. ubi infert ad plura.

Cum igitur fructus dictarum capellaniarum deseruiant distributionibus quotidianis & deseruientibus tradēdi sint, sequitur quod deseruientibus distribuendi sunt illi fructus, qui supersunt deductis expensis factis pro dictis capellis, & consequenter pro conseruandis distributionibus, & deducto onere, & non alias.

Est igitur ex prædictis concludendum distributiones fore diuidendas inter seruientes deductis expensis prius factis in lite per capitulum pro conseruandis distributionibus quotidianis, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Acquisita per Monachum post assumptionem ad episcopatum ecclesiæ episcopali acquiruntur.*

2 *Can. statutum. 18. q. 1. An habeat locum existentibus legitimis hæredibus.*

Consilium XXVIII.

Theatinus post professionem factam assūptus fuit ad dignitatem episcopalem, & qui post habitum episcopatum successit in hæreditate cuiusdam sui ex fratre nepotis, si moriatur, cui dicta hæreditas quæratur, proponitur.

In hon dubio est text. in can. statutum. 18. q. 1. vbi habetur, quod acquisita per mona-1 chum post assumptionem ad episcopatum, ecclesiæ episcopali acquiruntur, & per hunc textum sic tenent Ioan. Andr. Abb. & Doctores communiter in cap. primo. extr. de testament. Speculat. in titul. de statu monachorum, in uersic. 23. & ibi Bald. in addit. & Couarruu. in titul. de testamentis, capit. primo numer. 19.

2 Sed dubitatur, An Dictus text. in d. Canone, statutum, habeat etiam locum existentibus consanguineis, & sic legitimis hæredibus episcopi.

Tu scis, quod episcopo ecclesia succedit. 12.

quæ ſt ult.c.fin.& cap.1. de ſucceſſ ab inteſta. quæ concluſio eſt vera non extantibus legitimis hæredibus, ſed ſi extant ſecus eſt, nam illi in rebus proprijs epiſcopi præferuntur eccleſiæ, ſi bona ſunt manifeſta.12.q.1.C.manifeſte,d.can.fin.12.q.ult.gloſ ordinat.in c.1.& 2.de ſucceſſ.ab inteſtat.& ibi Doctores communiter,& Ioannes Bertachinus in tracta. de epiſc.in 4.par.nu.19.

Hæc concluſio eſt veriſſima in hæreditatibus epiſcoporum,qui antea,non fuerunt monaci, ſeu regulares, ſed oritur difficultas, an procedat etiam in epiſcopis, qui antea fuerunt monaci ſeu regulares, & in eorum monaſteriis fecerunt profeſſionem, & quod dicitur de monacis, habet etiam locum in omnibus regularibus Speculat.in titu.de ſtatu monachorum verſ 53.& uerſicul.ſeq. & Angel. Aret.in §.eius,qui,colu.fin.inſtitu.de exhæredat.liber.

In hoc dubio Martinus de Fano ſecũdum Speculatorem,in tit. de ſtatu monachorum, in uerſ.23.tenuit quod monachus factus epiſcopus poteſt acquirere caſtrenſe peculium, & de eo teſtari, quia augerur utilitas per dignitatem.l.ſi longius.in fine.ff.de iud. & Bal. ibi ipſum Martinum ſequitur.

Pro qua concluſione facit text.in d.can. ſtatutum, ubi habetur, quod monachus factus epiſcopus paternam ſibi hæreditatem uelut legitimus hæres poteſtatem vendicandi habet,ecce, quod monachus factus epiſcopus habet proprium,ex quo efficitur dictæ hæreditatis dominus, nam ſi non eſſet Dominus non poſſet uendicare,cum uendicatio dominium præſupponat tot.titu.ff.de rei uendicat. et expoſitio gloſſæ, in uerbo, legitimis, dum uerbum, ſibi, exponit,id eſt, eccleſiæ ſuæ, eſt contra proprietatem uerbotum,a qua in dubio non eſt recedendum.l non aliter.ff. de legat.3.& intellectus ille ſemper eſt accipiẽdus, qui magis congruus eſt litteræ.l. Labeo. ff.de ſuppel.leg.

In contrarium facit text.in d.ca. ſtatutum, per quem prouidetur, quod eccleſiæ epiſcopali bona acquiſita per monachum poſt aſſũptionem ad epiſcopatum eo mortuo, deferuntur, qui textus generaliter loquitur, & ideo debet intelligi, ſi monachus factus epiſcopus habeat legitimos hæredes, ſiue non, argumen.leg.prim.§.generaliter. ff.de legat. præſtand.

Facit etiam,quia epiſcopus, qui antea fuit monachus,& ſic regularis non poteſt ſibi acquirere propter profeſſionem factam, per quam ſibi abdicauit potentiam acquirendi, uel habendi in particulari,quam non recuperat ratione cuiuſcumque dignitatis etiã Cardinalitatis, vnde acquirit, vel eccleſiæ, cuius eſt prælatus,uel eccleſiæ Romanæ,ſi eſt Cardinalis,Monaſterio uero, in quo erat monachus non acquirit,quia propter dignitatem liberatus eſt ab obedientia ilius monaſterij, ita in particulari tenet Paul.de Caſtr. in anth. licentiam.C.de epiſcop. & cleric. & ante eum ibi Baldus.

Et hinc eſt,quod de eis teſtari non poteſt, cum repugnet paupertatis uoto, a quo non eſt liber, Bald. Paul.de Caſtro & in d.authen. licentiam,Iaſo.in d.authen.ingreſſi.2.colum. C.de ſacroſan.eccl.& Coua.in d.cap.1.ſub nu. 18.in fine, vbi ait hanc eſſe communem opinionem.

Hinc etiam eſt, quod ſi propter communem vtilitatem monachus fiat Rex, ex quo non poteſt habere proprium, quæ acquiret, regno acquiret arg c.cum olim, el 2 extr. de priuileg. quod non procedit, ſi non poteſt eſſe ſalua chriſtianitas, niſi regnum in ſuum proprium accipiat,illud ſuis hæredibus relinquendum, quia forte habebat filios antequã fieret monachus,ita notanter concludit Innocentius in cap.cum ad monaſterium,extr.de ſtatu monach.ecce quod ex Innocentio apparet,quod monachus factus rex,regno, & non ſuis hæredib.acquirit,quod multo fortius procedit in monacho facto epiſcopo,quia illa dignitas ſuperueniens non liberat fratres a continentia, ſeu voto paupertatis ſecundum glo in c.de monachis,in verbo,diſcedere,16.q 1.

SVMMARIVM.

1. *In maiori ſumma ineſt minor, declara nu.6.*
2. *Teſtes ſingulares deponentes de confeſſione extraiudiciali facta diuerſis temporibus & locis tendentes ad eundem finem, coniunguntur ad faciendam plenam probationem, ſed contra numer. 6. declara numero 7.*
3. *Teſtes ſingulares ſtantibus alijs coniecturis dicuntur confeſſionem extraiudicialem probare.*
4. *Teſtis vnicus de ueritate facti, & alius de confeſſione extraiudiciali coniunguntur ad faciendam plenam probationem, declara nu.8.*
5. *Teſtes ſingulares non probant.*

Conſilium XXIX.

IN lite uertente inter Dominum Quitium Vetuſtum ex una & Reuerendum Dominum Aſcanium eius fratrem ex altera ſuper prætenſo affictu prati exiſtentis in territorio prætorij in loco ubi dicitur la tauola, dicebatur per dominum & multum Reuerendum Vicarium Diœceſis Aquilanæ obligatum eſſe dominum Quitium ſoluere dicto Reuerendo Aſcanio ducatos ſexaginta quolibet anno pro affictu dicti prati ſaltim pro annis quatuor.

Mouebatur per depoſitionem Ioannis Dominici Paglie, qui teſtatur dominum Quitium poſſediſſe per quatuor annos dictum pratum,& per depoſitionem Paſqualis Catenæ,qui dicit ipſum Quitium poſſediſſe annis ſex

sex in circa, qui testes licet singulares videantur, tamen quo ad quatuor annos contestes uidentur, quia in maiori summa inest minor Barto. in leg. diem proferre. §. si plures. ff. de recept. arbitr. Anton. de Butr. in consil. 52. nu. 1. Aret. in consi. 65. Felin. in c. licet ex quadam colu. 3. in fine, extr. de testib. Petrus de Benintendis in decis. 70. nu. 10. & Ruin. in cons. 67. num 6. uol. 1.

Coadiuuabatur hæc probatio per confessionem extraiudicialem dicti Quitij probatam per magnificum Terrentium Turcanicum, & magnificum Ioannem Franciscum Leporis, qui licet sint singulares de confessione prædicta, cum sit facta diuersis temporibus, & locis, tamen quia tendunt ad eundem finem, coniunguntur ad faciendam plenam probationem Aymon Crauett. in cons. 278. num. 5. & in tractat. de antiquit. tempor. in 4. parte principali. in sectione, sed enim, num. 9. cum seqq. Paul. de Castro in cons. 377. incip. uisa petitione, in 2. colu. & in consi. 226. incip. viso processu, in 3 col. Alex. in consi. 53. colu. fin. num. 4. uers. ergo etiam præsupposito, uolum. 1. Curt. iun. in cons. 168. Aemil. Ferrett. in cons. 20. nume. 5. Ioseph Ludouici in decisionibus Vmbriæ. decis. 9. nume. 15. in prima parte, Rolandus a Valle in cons. 82. nu. 45. uol. 2. Hyppoli. Riminal. in cons. 7. Ferret. in cons. 246. nu. 15. uol. 2. & in cons. 62. num. 8. uolum. primo, & Borgninus Caualcan. decis. 19. nu. 23. in prima parte.

Comprobatur, quia stantibus aliis coniecturis testes singulares dicuntur probare confessionem extraiudicialem late Rolandus à Valle in cons. 82. num. 47. uol. 2. & Aymon Crauett. in dicta sectione, sed enim, num. 26. & in casu nostro dicuntur adesse, cum sint alij testes probantes possessionem de alius diuersis annis, & maxime uidetur secundum eum ita concludendum, quia vnicus testis de ueritate facti, & alius de confessione extraiudiciali coniunguntur ad faciendam plenam probationem Paul. de Cast. in cons. 380. uiso processu. in 3. col. Abb. in c. fin. de success. ab intestat. Alex. in cons. 76. num. 4. uol. 6. Rip. in l. admonendi. nu. 206. ff. de iureiur. Dec. in c. cum causam, nume. 34. de probat. Ioannes Crotus in cons. 164. nume. 60. uol. 2. & Gozad. in consi. 79. num. 11.

Prædicta motiua, & dubia licet sint subtilia & acuta, tamen his non obstantibus in contrarium se habet veritas in casu nostro, considerando quod Ioannes Dominicus Pagliæ est testis singularis, & deponit de quatuor annis, & Pasqualis Catenæ, est similiter testis singularis, & deponit de sex annis, & sunt singulares de loco & tempore, & testes singulares non probant. cap. licet causam, de probat. & c. bonæ, & c. dilecti, de elect. & sic late plures doctrinas, & authoritates cõgerens tradit Porr. Imolens. in conclus. 34. & hinc dixit Baldus in l. ut iusiurandi, colu. 3. vers. deinde nota rationem. C. de testib. tantum probare vnum testem singularem quantum mille singulares testes, quod etiam refert & sequitur Alex. in consil. 168. vol. 2. & Paris. in cons. 57. colum. 2. uolum. 2. Et Pasqualis catenæ ultra quod sit singularis est etiam subditus dicto Reuerendo Ascanio, & ideo non probat. l. idonei. ff. de testib. & l. eos. C. eod. tit. & maxime cum testis iste timeret si contra ipsum deponeret, vt notorium est stante qualitate personæ, & ideo nullo pacto probat Bart. Bal. Paul. de Castr. & Salycet. in d. l. eos, & Felin. in c. in litteris, extr. de testib. & est falsus, ut considerando eius dictum, & scripturam præsentatam aperte constat, & oretenus dictum fuit, & sic ultra singularitatem adsunt alij defectus, qui impediunt sibi fidem præstari, stante hac consideratione, Non obstant motiua in contrarium adducta.

Primo non obstat, dum dicebatur in maiori summa minorem adesse, & ideo cum vnus testis deponat de quatuor annis, & alius de sex, quo ad quatuor annos uidentur contestes, quia respondetur, quod in testibus non est verum, quod in maiori summa insit minor, & ideo in minori summa non dicuntur contestes, vnde si induco duos testes ad probandum, quod mutuaui tibi centum, & vnus dicit, quod mutuaui tibi centum, alius dicit, quod uidit, quod mutuaui tibi quinquaginta, non dicuntur contestes etiam in quinquaginta, quia uidentur deponere de diuersis mutuis, uel si de eodem tempore deponunt, in eo sunt varij & diuersi, & sic debent repelli. l. qui falsa, uel uaria. ff. de testib. & in c. in nostra præsentia, extr. eod. tit. & idem est si deponunt de diuerso tempore & numero, vt si unus diceret, quod talis tenuit talem rem 20. annis, & alius diceret decem annis, nam quoad decem annos non dicuntur contestes, glo. in d. l. diem proferre. §. si plures. ff. de recept. arbitr. Archidiac. in can. nihilominus, nume. 2. 3. q. 9. vbi dicit Odofredum eandem tenere opinionem.

Quamuis Imol. & Alex. in l. 1. §. si stipulanti. ff. de verbor. obligat. contrarium tenere uideantur, quos etiam & alios refert, & sequitur Ruin. in d. cons. 67. num. 6. volu. primo tamen in casu nostro non est recedendum a supradicta opinione, & quod hoc sit verum, & pro habenda uera resolutione huius quæstionis de mente Doctorum considerandi sunt duo casus.

Primus est, quando agitur de probãdo possessionem in genere.

Secundus est, quando tractatur de probando tempus limitatum possessionis.

In primo casu concluditur testes singulares deponentes uidelicet, unus, quod possedit iam sunt triginta anni, alter, quod possedit, iam sunt decem anni, probare possessionem Bald. in l. 1. C. de testament. Imol. in l. inter pares, colum. fin. ff. de re iudicat. Corn.

in conf. 34. col. pen. uol. 2. & in conf. 134. col. 1. & seq. vol. primo & in conf. 286. col. 8. uolu. 3. Alex. in conf. 64. col. 1. & col. pen. uolu. 2. & in conf. 117. uol. 2. in fine, Ruin. in conf. 44. nu. 4. uol. 4. & in conf. 67. nu. 15. uol. 5. & iste non est casus noster.

In secundo casu concluditur, quod aut testes specificant tempus annorum, de quibus deponunt ita & taliter, quod concludunt eodem tempore, licet non de eodem numero, puta quia unus dicit, quod possedit a triginta annis, & citra, alius à decem annis, & citra, & isti probant, quia omnes concordant in ultimis decem annis argum. cap. 1. de arbitr. Aut non specificant omnino tempus, ita quod cõcludant de eodem, puta quia unus dicit de triginta annis simpliciter, alius de uiginti simpliciter, & alius de decem simpliciter, & tunc testes non probant de minori tempore, & in hoc casu procedit conclusio Archidiaconi, sic concludit Geminianus post Ioannem de Fantuc. in d. c. 1. de arbitr. & notabiliter Aretinus & Vincentius Herculanns in d. §. si stipulanti, & ratio est.

Quia probatio ista est obscura, nam posset intelligi de decem annis ante illos uiginti, & post illos uiginti, prout notabiliter dicit Bartolus declarando hoc in l. celsus num. 29. ff. de usucap. & Alex. in conf. 72. num. 3. cum seqq. uolum. primo & ideo est, quod Socinus in conf. 95. num. 9. uolu. 3. dicit, quod licet testes singulares probent possessionem in genere, non tamen probant possessionem alicuius tẽporis, ut declarat Bart. in l. ob carmen. § item si testes. ff. de testib. & hæc est uerissima conclusio, sed in casu nostro testes non specificãt tempus annorum, de quibus deponunt, ita & taliter, quod concludant de eodem tempore, licet non de eodem numero, ut est uidere ex lectura ipsorum, cum unus deponat de quatuor annis simpliciter, & filius de sex annis simpliciter, igitur non est uerum, quod probent, & quod quoad quatuor annos sint contestes.

Non obstat secundum motiuum & fundamentum, quia uera conclusio est, quod testes singulares non iunguntur ad faciendam probationem, quando unus deponit de confessione extraiudiciali unius partis ea absente facta, & alius de alia, etiam si tendant ad eundẽ finem, sic concludunt Anton. de Butr. in c. licet ex quadam, col. 3. de testib. Salyc. in auth. rogati, in fine. C. de testib. Alexan. in consi. 68. colum. 2. uolum 5. & in consil. 36. colum fin. uol. 5. Paul. de Castr. in conf. 109. uol. 2. Paris. in conf. 57. colnm. 2. uolum. primo Bertrand. in conf. 175. col. 3. uol. 2. Marian. Socin. iun. in conf. 90. colum. 2. uol. 2. & in conf. 99. colum. 3. uolum. 2. Curt. sen. in conf. 56. num. 193. Ias. in l. admonendi. ff. de iureiuran. Matthæus de Afflict. decis. 364. ubi affirmat ita per sacrum consilium fuisse decisum, Fernandus Vasquius in tract. de successionum creatione lib. 1. §. 4. num. 44. Cardin. Puteus decis. 3. in titul. de probat. Curr. in tract. de testib. conclus. 47. Corn. in conf. 78. col. 4. in fine, uers. nec habet obstare, & colu. seq circa medium, uers. Ioannes autem, & Angel. in conf. 182. & in consil. 182. & in consi. 261. uolum. 3. & est de mente Abbatis in c. cum causam, de probat. & Cyni in l. 1. Cod. quæ sit longa consuetudo, & ratio est.

Quia unaquæque confessio extraiudicialis absente parte facta probari per duos testes debet. l. fin. C. famil. hercifcund. & confessio absente parte facta probata per duos testes facit semiplenam probationem doctores communiter in d. l. admonendi, ad hoc ut igitur coniungantur necesse est probari quamlibet ipsarum per duos testes.

Et quamuis nonnulli Doctores contrariũ tenere uideantur, tamen non est discedendũ ab hac opinione, & maxime in casu nostro, & pro ueritate præsentis quæstionis, & totius materiæ, duo de mente doctorum sunt considerandi casus.

Primus est, quando uolumus confessionẽ in genere probare.

Secundus est, quando uolumus probare confessionem in specie respectu loci, & temporis.

In primo casu Doctores concludunt testes singulares probare confessionem in genere, quia tendunt ad eundem finem, cum deponant de eadem confessione, & in hoc casu loquuntur Doctores tenentes opinionem testes singulares probare confessionem extraiudicialem, prout dicit Socin. iun. in conf 90. uolum. 4. & Aymon Crauet. in tract. de antiquitate tempor. in 4. parte princip. in sectio. sed enim, num. 8. cum seqq. & præcipue nu. 11. & iste non est casus noster, quia testes non producunt ad probandam confessionem solam in genere, sed ad probandum confessionem respectu temporis in specie, & non tendunt ad eundem finem, quia unus deponit de confessione trium annorum, & alius de confessione quatuor annorum, & ideo deponunt quid diuersum ab eo, quod fuit capitulatum, cum fuerit capitulatum solum de tribus annis, & de sex annis, igitur non probant.

Hæc conclusio, quod testes singulares dicãtur probare confessionem in genere, non procedit, quando testes loquuntur de pluribus, & diuersis confessionibus, nam tunc non coniunguntur, cum tunc dicantur testes singulares singularitate diuersificatiua, & dicuntur deponere, quid diuersum ab eo, quod est capitulatum, & sic probatio dicitur dubia & incerta Aymon Crauett. in d. tractatu de antiquitate temporis in d. 4. parte & in dicta sectione, sed enim, sub num. 25. in uers. secus etiam uidetur, & sic est in casu nostro, nam unus testis deponit de confessione trium annorum, & alius deponit de confessione quatuor annorum & sic deponunt de pluribus, & diuersis

uersis confessionibus,& consequenter deponunt quid diuersum ab eo, quod fuit capitulatum, nam articulatum fuit solum de tribus annis,& de annis sex, igitur dicti testes nullo pacto possunt coniungi ad faciendam probationem.

Item non procedit quando tempus de substantia, quia tunc testes singulares non sufficiunt etiam in probando quid in genere, ut declarat Alexan.in consi.3.colu pen. uers. nec prædictis obstat, uolum. 4. sed in casu nostro ad hoc ut soluatur affictus pro quolibet anno probatio temporis est de substantia, igitur in casu nostro, certum est, quod testes singulares non admittuntur, & maxime quia quando agitur de probando quid in genere habito respectu ad certum tempus, tunc testes singulares non probant, Socin. in consi. 103. colum.prim.uolum.3.& in consi.59 colum.fin. uolum.4.

In secundo casu concludunt Doctores testes singulares non probare confessionem in specie respectu temporis & loci,& in hoc casu non loquuntur Doctores, qui tenent, testes singulares probare extraiudicialem confessionem, prout notabiliter concludit Marian. Socin. inn.in d.consi.90.& 99. uolum. 2. & Aymon Crauetta in dicto tractatu & loco qui sic declarat prædictos doctores, & iste est casus noster, quæ conclusio est verissima, & indubitata, quando vtraque confessio est extraiudicialis,& facta absente parte,ut præsupponitur,& utraque probata est per unicum testem,ut est proprie in casu nostro, nam absq; difficultate concludunt Doctores omnes nō coniungi ad faciendam probationem, quia utraque probatio est omnino imperfecta Alexand.in consil.180.colum.2.in fine, uers. rursus posito,uolum.2 & tradit Aymon Crauet. copiose ultra alios tractans hanc materiam in d.tractatu & loco num.25.& Bald.in l.si quis igitur.§.1.ff.de edend. & ita fuit decisum per sacrum consilium teste Mattheo de Afflictis in d.decis.364.& sic concludit Putens in d.decis.3.& ita est in casu nostro,ut dixi,quia utraque confessio extraiudicialis absente parte facta fuit,& utraque probata solum per unicū testem, igitur nullo pacto coniunguntur, & eo magis, quia deponunt de diuersis confessionibus non tendentibus ad eundem finem cum unus deponat de confessione trium annorum,& alius de confessione quatuor annorum,& sic deponunt de singularitate diuersificatiua, & dicuntur quid diuersum ab eo, quod fuit capitulatum, nam extitit articulatum solum de tribus annis,& de annis sex,igitur nullo pacto probant, ut determinat Aymon Crauett.in dicto loco, ut supra & est indubitata propositio,quia quando aliquis intēdit probare possessionem alicuius rei de aliquo tempore limitato, tunc requiruntur testes contestes,& non singulares,ut elicitur ex glo.in l.ob carmen.§.fi.ff.de testib.& ita dicit Alexan.in consi.100.col.4.uol.primo.in consi. 175.colu.2.uolum.2.& in consi.3.colum. pen. uolum.4.

Nec obstat tertia comprobatio, quia non adsunt aliæ cōiecturæ, nec pro tribus, nec pro quatuor annis, alii enim testes dicunt, quod duodecim anni sunt, quod possedit uno anno,alii uero dicūt,quod octo anni sunt, quod uno similiter anno possedit,& sic determinate respectu temporis loquuntur, & nihil deponunt de possessione trium annorum, nec de quatuor annorum possessione, & ex eorū dictis nihil infertur ad depositiones istorum testium singularium, ut ex lectura ipsorum apparet, nec uerum est, quod testes singulares una cum aliis coniecturis probent, & bene uerum,quod aliæ coniecturæ multum testes singulares adminiculantur, ut dicit Paulus de Castro in consilio 281. in causa ista quinque,colum.penultim.ante finem,in prima parte.

Non obstat ultimo quarta consideratio, tio, quia illi respondetur duos considerando casus.

Primus est, quando adest unicus testis de ueritate facti,& alius de confessione præsente parte facta.

Secundus est, quando ultra unicum testē de veritate facti deponentem adest alius testis deponens de confessione extraiudiciali absente parte facta.

In primo casu concluditur ipsos testes coniungi ad probandam plenam probationem, & ratio est.

Quia vnicus testis de ueritate facti facit semiplenam probationem iuxta.l. ubi numerus. ff. de testib. & alius testis de confessione præsente parte facta,aliam semiplenam facit probationem,quia si fuisset probata per duos testes, utique plenam faceret probationem, cum nulla efficacior probatio reperiatur,quā oris proprii confessio.l.cum te.C. de transact. l.fin.C.de fideicom miss.& l.generaliter.C.de non nmeta.pecun.& in hoc casu loquuntur doctores supra numerati, uidelicet Alexand. in d.consi.76.num.4 Paul.de Castro in consi. 380.in prima parte.Rip.in d.l.admonendi,nume.206 & ita etiam loquuntur, & intelliguntur alii Doctores.

In secundo casu concluditur unicum testē de ueritate facti non coniungi cum uno teste deponente de confessione extraiudiciali facta absente parte ad faciendam plenam probationem Bald.in rub.de conuert.inuest.in l. si ex cautione in 12.q.C.de non numerat. pecun.in l.2.§.fin.in fine.ff.si cert. petat. in c.fin. colum.2. uers.ex cuius dictis, de consuetud. in c.licet causam,colum.3.vers.& nota, quod singularitas,de probat.in auth.rogati.C.de testib.Corn.in consi.58.colum.pen.in fin. uol.3. Socin.in c.fin.de iureiur. Caccialup.in repet.l. admonendi,num.159.uers.tertius casus.ff. de iureiur. Felin.in c.licet ex quadam, colu.4. de testib.

testib. Alex. in conf. 20. col. 1. in fine, vol. 4. Aymon Crauet. in consi. 73. colum. 8. & in tract. de antiquitat. tempor. in 4. parte, in sect. sed enim, sub num. 257. & est verissima conclusio quia vnicus testis de confessione extraiudiciali non facit semiplenam probationem, doctores communiter in d. l. admonendi, & ideo non potest coniungi cum semiplena probatione ad faciendam plenam probationem, nam confessio extraiudicialis absente parte facta probata per unum testem in genere suo est imperfecta, cum per duos testes adminus probari debeat glos. in l. fin. Co. famil. hercisc. igitur coniugni non potest. Bald. in l. si quis ex argentarijs. §. 1. ff. de edend. & Ruin. in consil. 72. uolum. 4. & iste est casus noster, quia unicus testis, qui deponit de confessione extra iudiciali, testatur de confessione absente parte facta, igitur non coniungitur cum unico teste de veritate facti ad faciendam plenam probationem.

Ex prædictis igitur apparet non probari magnificum Quitium possedisse quatuor annis pratum, & ideo fore absoluendum, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinquæ. V. I. D. & sic fuit decisum.

SVMMARIVM.

1 *Alimenta præterita, quando debentur iure actionis peti possunt.*

2 *Alimenta matri per filium præstanda & ei per uirũ relicta, sunt præstanda deductis prius expensis pro filio, & de residuo mater alimentari debet.*

3 *Alimenta præstanda sunt deducto ære alieno.*

4 *Alimenta præstanda sunt secundum quantitatem fructuum, & prædia vendi non debent, si fructus non sufficiunt.*

5 *Accipiens hæreditatem cum beneficio legis & inuentarij non tenetur ultra uires hæreditatis.*

Consilium XXX.

IN causa reconuentionali dicebatur dubitando per multum eccellentem, & Reuerendum Dominum Vicarium, Magnificum 1 Quitium Vetustum obligatum esse soluere Reuerendo Domino Ascanio uti cessionario & donatario eius matris alimenta præterita relicta per quondam Marcum Antonium in suo testamento, quæ licet sint præterita, tamen cum debeantur ex testamento, & sic iure actionis peti possunt, vt scripserunt Thob. Non. in consi. 85. numer. 4. & seq. Rolandus a Valle in consi. 55. nu. 5. volu. 2. & Ioseph Lodouici in tract. commun. opin. in concl. 1. ver. si autem alimenta vbi demonstrat hanc esse communem opinionem.

Pro resolutione huius difficultatis, tria sunt præmittenda, duo in iure, & unum in facto.

2 Primum in iure est, quod alimenta matri per filium præstanda sunt, quando ei per virum sunt relicta, deductis prius expensis pro filio, & de residuo mater alimentari debet Barbat. in consi. 63. in primo artic. libr. 2. Paul. 3 Pic. in l. Titia cum testamento. §. Titia, quest. 61. ff. de leg. 2. Socin. in consi. 97. num. 24. volu. primo Bald. in termlnis in l. 1. § officio, in fin. ff. de tutel. & ration. distrahend. & Iosephus Ludouici in decisionibus Vmbriæ in decisi. 46. num. 11. vbi dicit, quod ita iudicauit, & alimenta præstanda sunt deducto ære alieno. l. usufructu bonorum. ff. de usufruct. legat. Alexand. in consil. 100. colum. fin. uolum. primo, & Barbat. in consi. 63. libr. 2. & legitima filiorũ, cum ea debeatur, sublato omni grauamine Salycet. in auth. hoc locum, in 7. colum. vers. quæro modo. C. de secund. nupt. Alexand. in consi. 29. colum. 1. uolum. 4. & Ruin. in consi. 4 5. uolum. 3. & sublato ære alieno legitima filiorum, & deductis expensis pro filio, alimenta præstanda sunt secundum quãtitatem fructuum, & prædia vendi non debent, si fructus non sufficiunt Barto. in l. cum alimenta. ff. de aliment. & cibar. legat. Alexan. in d. consi. 100. Bald. in consi. 50. uolum. 2. Rolandus a Valle in consi. 22. num. 21. uolum. primo. & Vincentius de Anna in sing 23. ubi dicit ita fuisse decisum in sacro consilio in causa spectabilis Ferdinandi Carrafæ cum illustræ eius patre, & Alex. in consi. 72. nume. 7. uolu. 5. ubi dicit, quod pro prestandis alimentis non potest vendi proprietas, etiam si in patrimonio esset proprietas alicuius rei magni ualoris, & modici redditus.

5 Secundum in iure est, quod hæres accipiens hæreditatem cum beneficio legis, & inuentarij, non tenetur ultra uires hæreditatis. l. fi. §. & si præfatam. C. de iure deliber. & ibi doctores.

In facto præmittendum est, magnificum Quitium post mortem Marci Antonii sui patris exiuisse de eius domo, & nihil habuisse de hæreditate paterna, sed omnia bona hæreditaria possessa fuisse per Reuerendum Ascanium, Ioannem Franciscum, & Dominam Elisabettam uxorem dicti Marci Antonii, & matrem dicti Donni Ascanij, vt probat Bernardinus Adrianus examinatus pro parte dicti Reuerendi Ascanij in fol. 70. super interrogatorio. 22. & 25. & Ioannes Baroncellus in fol. 68. super interrogatorio 25. Ioannes Franciscus Leporis, in fol. 62. qui in 25. interrogatorio deponit ipsum Reuerendum Ascanium possedisse, & possidere vnam uineam in Colleiannisco, qui erat de hæreditate paterna, & idem deponit Magnifica Sarra in fol. 44. & ipse Quitius accepit hæreditatem cum beneficio ligis & inuentarii, ut apparet ex contractu præsentato in fol. 88.

Stantibus præmissis, sequitur uera conclusio, quod dictæ magnificæ Elisabettæ debebãtur alimenta relicta per eius uirum deducto prius ære alieno, deducta legitima filiorum, & ex-

& expensis pro filijs,& de residuo habita consideratione ad fructus alimenti debebat, sequitur etiam,quod cum magnificus Quitius ultra uires hæreditatis non teneatur,& hæreditaria bona nō possederit, sed ea possederint Reuerendus Ascanius, Ioannes Franciscus,& ipsa Domina Elisabetta, & dictorum bonorum fructus perceperint,sequitur dico,quod ipse Quitius non tenetur ad dandum alimenta præterita dicto Ascanio vti donatario magnificæ Elisabettæ,& maxime cum ea de dicta hæreditate paterna habuerit. Immo cum alimenta ipsa debebantur deductis expensis sufficientibus Quitio & deducta ipsius legitima,& cum expensas non habuerit, & de dictis alimentis eius legitima non fuerit deducta sequitur, quod ipsa magnifica Elisabetta & Reuerendus Ascanius condemnati debēt ad restituendas expensas,quas consequi Quitius debebat in dictis bonis paternis, & fructus legitimæ,cum tam dicta Elisabetta, quā ipse Ascanius habuerint omnes fructus hæreditatis, & omnia bona hæreditaria possederint,& hæc & verissima & indubitata conclusio.et ita dico & consulo ego Alexander Trētacinque.V.I.D.& ita fuit decisum.

SUMMARIUM.

1. *Bulla præterita non porrigitur.*
2. *Ad substantiam emptionis,& venditionis inter alia requiritur precium.*
3. *Precium debet esse in pecunia numerata.*
4. *Precium potest consistere in specie,& in aliqua alia re loco pecuniæ de consensu partium.*
5. *Censualis contractus est emptionis,& uenditionis.*
6. *Creditum potest conuerti in censum.*
7. *Pecunia mutuata conuerti potest in emptionem census.*
8. *Quodlibet statutum recipit interpretationem passiuam a iure communi.*
9. *Pragmatica Regni non comprehendit ecclesiasticas personas.*

Consilium XXXI.

Dubitatur, An in hoc contractu censuali debebat interuenire tempore stipulationis contractus pecunia numerata,an potuerit consistere precium in specie frumenti; loco pecuniæ de consensu partium.

In hoc dubio quis diceret secundum Bullam Pij V. ad conficiendum censum debere interuenire tempore stipulationis cōtractus vere pecunia numerata.

Attamen contrarium est concludendum in casu nostro,tum quia ante dictam Bullam 1 confectus fuit iste contractus censualis, & Bulla ad præterita non porrigitur.l. leges. C. de ll. & sic in dicta Bulla determinatur, tum quia in Regno ipsa Bulla non obseruatur, & reuocata fuit per Gregorium XIII.ut habetur in corona confessorum in folio mihi 287. & ideo cum obseruetur Bulla in Regno Nicolai Quinti,in qua non disponitur,quod vere pecunia numerata interueniat, sequitur, quod decisio huius dubij remanet sub dispositione iuris communis,sub qua potuit interuenire preciū in specie frumenti loco pecuniæ numeratæ de consensu partium, quod probatur hac consideratione.

2 Ad substantiam contractus emptionis, & uenditionis inter alia requiritur pretium in princ.& in §.pretium,instit.de emption.& vē3 dit.& pretium debet esse in pecunia numerata.§.item pretium,Institut.eod.attamen pretium potest consistere in specie,& in aliqua re 4 loco pecuniæ de consensu partium.l.pretij.C. de rescindend.uendit.& notatur in leg.2.in 3. glo.ff.de contrahend. empt. tradit Fabianus de Monte in tract.de emption.& uendit.in 5. 5 q.principali,nume.2.sed contractus censualis uere & proprie est contractus emptionis, et venditionis,ut probatur in cap.1. & 2. de emption.& vendit.in libro extrauagantium tradit Menochius in libro.3.præsumptionum,in præsumpt. 107. numer.11. & 12.igitur sic in contractu censuali,cum sit emptionis, & uenditionis contractus,licet pretium interuenire debeat, & in pecunia numerata, tamen pretium in frumento æstimato seu in alia re loco pecuniæ de consensu partium consistere potest.

6 Facit etiam,quia ante celebrationem contractus censualis,frumentum venditum fuit pro pretio certo, ratione cuius venditionis Reuerendus pater Abbas creditor erat, vnde cum creditum erat verum,fingitur numeratio,sicut in datione insolutum. l. si prædium. C.de euict.

Ideo remanet,quod de dicto credito licite potuerit fieri contextus censualis, ut in terminis decidit Cardina. Paris.in consil.75. per totum, & præcipue numero 31. & 32. uolum. 4.

7 Hinc est,quod pecunia mutuata conuerti potest in emptionem census Stephan. Bertrand.in consi.91.num.7.uolum.3. Tiraquel. in tractat. de vtroque retract.in fine,numero 137. & Follerius in sua praxi censuali,in uerbo huiusmodi census super rebus, numero 95.

Et ex prædictis rationibus elicitur notabilis declaratio ad Bullam Pij Quinti, vt illa nō procedat, quando de consensu partium pretium in aliqua specie, & re loco pecuniæ numeratæ succedit,& quando census de vero, & reali credito fit,& ratio est, quia uti in emptione, & venditione precium interuenire debet, & in pecunia numerata, sic & in contractu cēsuali ex dispositione Bullæ Pij Quinti, & tamen in emptione, & uenditione potest de partium consensu interuenire preciū in aliqua specie,seu re loco pecuniæ numeratæ,ac etiam de credito ipsa emptio, & vendi-

tio

8 tio fieri poteſt, igitur ita etiam concludendũ eſt in contractu cenſuali, & ratio eſt, quia quælibet diſpoſitio, ſeu quodlibet ſtatutum recipit interpretationem paſſiuam de iure cõmuni Bar in l.omnes populi,nu.60.ff.de iuſt. & iur.& Alexan.in l.1.§.lex Falcidia,ff.ad leg. Falcid.

Ex prædictis patet, quod huiuſmodi contractus cenſualis de iure eſt ualidus,& licitus, 9 & ideo ſi aliqua pragmatica reperiretur ædita in hoc Regno per Regem, ſeu eius Proregem & ſacrum Collaterale conſilium, per quam prohiberetur de frumento vendito, ſeu de alia re fieri contractum cenſualem,dicitur ipſam Pragmaticam non continere,nec comprehendere Eccleſiaſticas perſonas Alexan.in conſil. 211.uolum.2. ubi reprehendit Bartolum,& Dec.nu.69. vbi Bartolum communiter reprobari atreſtatur in cap.Eccleſia ſanctæ Mariæ, extr. de conſtit.& eſt communis,& recepta ſcribentium ſententia.

Apparet ualidum eſſe dictum contractum cenſualem, & ita iuris eſſe cenſeo, & conſulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D. et ita per Reuerendiſſimum Epiſcopum ciuitatis ducalis,cui de ordine ſanctiſſimi cauſa commiſſa fuit,deciſum extitit.

SVMMARIVM.

1 *Mulier domus retentione uti pro eius dotibus non poteſt, ſi poſt mortem uiri non declarauerit uelle eum retinere.*

2 *Ius familiaritatis per mortem uiri dicitur extinctum declara nu.3.5.6.7.*

4 *Voluntatis mutatio non præſumitur.*

8 *Retentioni locus non eſt poſt aditam hæreditatem, & poſt apprehenſionem poſſeſſionis.*

9 *Additio hæreditatis in dubio non præſumitur, declara nu.10.& amplianu.11.*

11 *Per conſtitutum transfertur dominium, & poſſeſſio.*

13 *Mulier pro dotibus non poteſt uti retentione, quando poſſeſſio penes alium exiſtit.*

14 *Conſtitutum,& precarium conditionale antequam conditio adueniat nihil operatur.*

15 *Conſtitutum poſt mortem conſtitutionis collatum nihil operatur.*

16 *Poſſeſſio vbi traditur ſub conditione, non transfertur incontinenti.ſed ſolum eueniente conditione ſi extrema ſunt habilia.*

Conſilium XXX.

MAgnifica Dionata Coronata non poteſt domum pro eius dotibus retinere ex tribus.

1 Primo,quia poſt mortem mariti non declarauit velle domum prædictam pro eius dotibus retinere,et ideo ad præſens retentione vti non poteſt,Socin.in conſi.131.col.2.Dec. in conſ.232.& in l.dotis.Co.de collat.Alciat. in tractat.de præſumpt.in 2. regu. præſumpt. 23.& Rolandus a Valle in conſ.77.nume.28. volum.primo.

Et ſi dicatur prout per magnificum Aduocatum dicebatur reſpondendo huic rationi, 2 quod cum ius familiaritatis fuerit extinctum per mortem viri Dec.in conſ.232.colum.1.in fin.verſ.& talem poſſeſſionem,non potuit dicta mulier uti retentione alio iure,quam pro prio,ſi licet pro eius dotibus argu.l.& magis. ff.de ſolution.ac l.fin.ff.ſi pars hæred.petar.adeo quod fuit plus animum facto declarare, quam verbis. leg. paulus. ff. rem rat. haber.

Huic obiectioni reſpondetur conſiderando, quod pars in hoc ſuo motiuo duo præſupponit.

Primo, quod cum ius familiaritatis per mortem viri ſit extinctum, non poſſit poſtmodum mulier iure familiaritatis poſſidere.

Secundo quod poſt mortem mariti mutatio voluntatis præſumatur,id eſt, quod poſt mortem viri poſſideat bona ratione ſuæ Dotis,& ſic retentione ex dicta cauſa vti cenſeatur,licet viuente uiro iure familiaritatis poſſediſſe præſumatur.

Ab Primum dicitur, quod quando marer in eadem domo cum filio patris hærede habitat,uti cum eius uiro habitabat,tunc uti reſpectu viri eo viuente iure familiaritatis vxor 3 poſſidere dicebatur, ita eo mortuo reſpectu filii & hæredis dicitur iure familiaritatis poſſidere, vt in terminis noſtris determinat Socin.in conſi.131.numer.5.& 6.uolu.primo. ſequitur Dec.in conſil.400. colum.3.in verſic. Nec obſtat

Ad ſecundum dicitur, quod mutatio vo- 4 luntatis non præſumitur. capit. maiores, circa finem,de Baptiſm.l.3.§.in amittendo, de acquirend.poſſeſſ.Bertrand.in conſilio 34. col. fin.uol.2. Paris,in conſ.67.num.25.uol.3.& in conſi.172.numer.6. volum.4. Ruin.in conſ.2. nume.2.uolum.2.nam animus talis eſſe præſumitur in futurum, qualis fuit de præterito, ita Bertrand.in conſilio 39.volum. primo numer. 11.

Et ſi denno dicatur aduerſus primum fun- 5 damentum, quod quis iure familiaritatis poſſidere dicitur, quando poſſidens titulum non habet,ſecus ſi titulum habeat,quia tunc iure proprio ex illo titulo poſſidere diceretur Natta in conſ. 502.nu.14.uol. 3.& ſic iure familiaritatis poſſidere dicitur,qui titulo caret Curt.iun.in conſ.168.num.32. Aymon Crau. in conſi.61.num.2. Ruyn.in conſ.51. num.6. uolum.4.Ioan.Cæphal.in conſ.4.num.37.uolum.primo.& Iacobus Menochius in tractat. de arbitr. iudic. libr. 2.centur.2.caſu. 160.numero 20.

Pro reſolutione huius obiectionis duo sũt conſiderandi caſus.

6 Primus eſt, quando, qui titulum habet, poſſi-

possidet, tunc si detur casus, quod possidere possit ex titulo, ac etiã iure familiaritatis, tũc in dubio presumitur ex illo suo titulo posside re, & in hoc casu loquuntur doctores supra narrati, & hic non est casus noster.

Secundus casus est, quando quis antea non poterat possidere nisi iure familiaritatis, ut est in uxore, quæ una cum viro domum uiri habitauit Alex. in l. qui iure familiaritatis. ff. de acqui. poss. nam si mortuo uiro reperiatur habitare in eadem domo cum filio, & hærede, seu cum altero hærede tunc, cum possit domum pro dote retinere, ac etiam possidere iure familiaritatis, & dubitetur quo iure possideat, doctores omnes concludunt, quod si de animo non constet, præsumitur respectu filij & hæredis continuare habitationem iure familiaritatis, & non ex causa retentionis pro dote domum possidere, & sic non præsumitur mutatio uoluntatis, ita in terminis nostris concludunt Socin. in d. consil. 131. Dec. in consi. 232. in consi. 400. & in l. dotis. Co. de collat. Alciat in tract. de præsumpt. in 2. regul. præsumpt. 23. Curt. iun. in cons. 168. num. 36. & in consi. 110. nu. 22. in fine, vers. nec obstat, & Roland. a Valle in cons. 77. numer. 28. cum seqq. vol. 1.

7

Ex prædictis appatet hoc primum fundamentum esse reale, & absque difficultate, & de mente omnium doctorum.

Secundo dicta mulier non potest uti retentione, quia hæreditas fuit adita, & possessio apprehensa per Ioannem Franciscum filium, & hæredem quondam Alfonsij Cappæ, & ita etiam præsumitur, cum post mortem patris possederit bona hæreditaria Dec. in cons. 232. in quo casu uxor non potest prætendere bona pro dotibus retinere, cum retentioni locus non sit post aditam hæreditatem, & possessionem apprehensam Bald. in l. penu. C. de non numerat. pecun. Dec. in d. cons. 232. & in l. dotis. C. de collat. Socin. in cons. 131. colum. 3. & Rolandus a Valle in consi. 77. numer. 34. volum. primo.

8

Et si dicatur aditionem hæreditatis debere probari, vel aliter præsumi, nam licet solo animo hæreditas adiri possit. §. fi. instit. de hæred. qualitat. & different. l. si quis extraneus. §. 1. de acq. hæred. l. gerit, eo. tit. & l. si auia. C. de iure delib. in dubio tamen adita nequaquam præsumitur, nam coniectura aditæ hæreditatis cum difficultate accipitur, & si alia capi possit, accipienda non est, Signorol. de Homod. in cons. 165. numer. 4. Bald. in cons. 224. uolum. 2. Roman. in cons. 154. nu. 2. Dec. in cons. 445. num. 15. & 16. & in cons. 652. num. 9. vnde agens tanquam hæres, debet probare se hæredem esse, licet non opponatur Dec. in cons. 61 nu. 1. facit text. in l. 2. & 3. ff. de interrogator. action.

9

10 Hæc obiectio non obstat, quia non procedit, quando filius possedit bona patris, ut est in casu nostro, cum semper possederit domũ præfatam, & alia omnia bona paterna, in quo casu semper filius præsumitur uti hæres possidere. l. 1. cum gl. in verbo, prolatum, & ibi Doctores. C. de repud. hæred. l. pro hærede, iuxta prin. & in §. papinianus, & vtrobique notatur. ff. de acq. hæred. & notant gl. & doctores in l. 1. Cod. si ut se ab hæred. abstin. & plene notat Bar. in l. gerit, eod tit & maxime in uers. Circa tertium principale, & clare Ange. in d. §. papinianus, & Bald. in d. l. t. & in l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poss. in 16. colu. in uers. circa secundum capitulum, & in §. pro hærede, instit. de hæred. qualitat. & different. ita etiam tenent Alex. in cons. 126. nu. 1. uol. 7. Dec. in cons. 232. & Socin. in d. cons. 131. num. 5. uolu. 1.

Nec obstat dum dicebatur aduersus prædicta, tempore mortis patris filium fuisse infantem, & ideo non habuisse animum acquirendi ex se ipso possessionem l. quamuis. §. in fans, de acquirend. hæred.

11 Respondetur faciliter duo considerando tempora, vnum infantiæ, alterum controuersiæ. Si tempus infantiæ & pupillaris ætatis consideremus, & tunc suus necessarius hæres uirtute suitatis dicitur esse hæres, & ad onera obligatus ipso iure l. more, & ibi Doctores. ff. de acquirend. hæred. & dicta per Dominum consulentem procedunt non in suo & necessario hærede, vt in d. l. more probatur. Si tempus controuersiæ inspicimus, & tunc iste non est infans, non pupillus, sed maior, & semper possedit, & possidet, & ideo præsumitur hæreditatem adiuisse, & sic sumus in terminis Alexandri & Decij, & ideo hodie quod filius est hæres, hæreditatem adiuit, & possidet bona paterna, mulier in eius præiudicium, & creditorum non potest dicere velle bona pro dote retinere, cum post mortem uiri non declarauerit.

Tertio, & ultimo quod non possit uti retentione probatur, quia possessio dictæ domus uirtute constituti fuit, & est penes Stephanum emptorem, nam per constitutum transfertur dominium & possessio, sicut si uera traditio facta fuisset Doctores in leg. quod meo. ff. de acquirend. possess. & late Iaso. in l. quoties, num. 14. C. de rei vendicat. Bart. Bal. Angel. & Iulgos. in l. ab emptione. ff. de pact. sed mulier non potest uti retentione, quando penes alium est possessio Bal. in d. l. pen. C. de non num. pec. Dec. in d. cons. 232. & Roland. a Valle in d. cons. 77. nu. 35. igitur in casu dequo agitur cessat retentio.

12

13

Et si dicatur prout per partem dicebatur, constitutum penes Stephanum emptorem effectum aliquem operari nõ posse, cum fuerit inefficax, & inualidum stante cõstituto antiquiori ad fauorem præfatæ mulieris, per quod possessionem retinuit, & sic venditor non potuit in alium transferre, quod ipse non habebat. l. nemo plus iuris, de reg. iu. nec duo potuerunt insolidum possidere. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. l. 3. §. ex cen-

N

contrario. ff. de acquiren. possess. & Boer. decisio. 112.

Respondetur, & pro ea sciendum est quod in casu nostro uxor habet obligata bona mariti pro restitutione dotis conditionaliter, idest eueniente casu restitutionis, & sic constitutum, & precarium fuit adiectum sub die seu conditione, igitur interim nō operatur. l. qui 14 absenti. §. 1. ff. de acquiren. possess. & l. si me in uacuam, eod. tit. Alex. in cons. 85. num. 4. & in cons. 153. nu. 5. volu. 6. ideo precarium in uita mariti non operabatur, & cum adsit emptor, & virtute constituti possideat, contra ipsum emptorem constitutum mulieris non operatur, quin ipse tuendus non sit in possessione præfatæ domus, vt concludit Ioannes Vincētius de Anna in alleg. 147. ubi ait ita per sacrū consilium fuisse decisum.

Imo plus dico, quod precarium istud fuit collatum post mortem uiri, quia uir in casum restitutionis dotis constituit iure precarii nomine suæ uxoris bona obligata pro dote possidere, & sic quando prædecedit uir, & propter eius mortem datur casus restitutionis dotis, tunc, cum eueniat conditio, vir constituit iure precarij possidere, quo casu mortuus est uir, & sic precarium collatum fuit post mortem uiri; sed ita est, quod vbi possessor confert precarium post mortem suam, vt si quis 15 post mortem suam constituat se precario nomine ab aliquo possidere nihil operatur, vt in quit singulariter Angel. in l. quamuis. §. si conductor. ff. de acquirend. possess. arg. illius textus, & quia confertur in tempus mortis, quo possessio defuncti extincta est l. qui uniuersas §. quod per Colonum. ff. de acquirend. possess. & l. 1. §. Scæuola. ff. si quis testam. liber esse iussus, sequitur Alex. in cons. 82. nu. 9. uol. 2. Dec. in l. contractus num. 12. ff. de reg. iur. & Ias. in cons. 147. col. 8. uol. primo & in cons. 6. col. 11. & in cons. 85. colum. fin. uolum. 3. & maxime est uera hæc cōclusio in præiudicium emptoris, qui uirtute constituti & precarii possidet, nam si post constitutum precarium conditionale ante aduentum conditionis alteri uendiderit, tunc constitutum & precarium post mortem collatum, eo mortuo nihil in præiudicium emptoris operari potest, ut late cōcludit Dec. in cons. 247. & sic retorquetur responsio ex prædictis, uidelicet, quod constitutum, & precarium mulieris nihil operatur in præiudicium Stephani emptoris, & uirtute constituti, & precarij possessoris, & sic Stephani constitutum, & precarium operatur uirtute cuius manutenendus est in possessione, ut in simili casu in facti contingentia determinauit sacrum consilium, ut apparet ex Vincentio de Anna in præfata allegat. 147.

Et si denuo replicando dicatur cōstitutum seu precarium transferre possessionem in actu puro, & in actu conditionali Guid. Pap. decis. 268. Ruin. in cons. 136. uolum. 1. & Oldrad. in cons. 138.

Respondetur quod Guido Papæ loquitur, quando in constituto apposita est illa dictio nunc, pront ex tunc. Ruinus loquitur, quando non obstante conditione fuit tradita actualis possessio. Oldradus loquitur adueniente conditione, & quod extrema sint habilia. & pro intelligentia ne cælum cum terra misceamus, sciendum est, quod vbi possessio tra 16 ditur sub conditione, non transfertur incontinenti, sed solum eueniente cōditione, si tempore euenientis conditionis extrema sunt habilia. l. qui absenti. §. 1. & l. si me uacuam. ff. de acq. poss. tradit Alex. in cons. 82. num. 10. uol. 2. Sed in casu nostro precarium fuit constitutum, & collatum in euentum conditionis scilicet restituendæ dotis, vt patet ex uerbis instrumenti iuncta. l. lecta, in fine. ff. si cert. peta. igitur ante aduentum conditionis non fuit acquisita possessio huic mulieri. d. l. qui absenti. §. 1. tradit Alex. in cons. 153. uolum. 6 qui proprie loquitur in terminis nostris, sed eueniente conditione post mortem uiri constitutum eius nihil operatur ex duobus, & primo quia collatum fuit post mortem uiri, in quo casu nihil operatur Alexand. in dict. consilio 82. numer. 9.

Secundo, quia eueniente conditione extrema non sunt habilia, ex quo uirtute constituti, domus est penes emptorem, & ideo constitutum mulieris non retrotrahitur, & consequenter nihil constitutum in præiudiciū emptoris operatur, vt in terminis declarat & determinat Dec. in cons. 247.

Licet Hinc responsioni replicando diceba tur prædicta procedere si emptori uere & realiter res tradita fuerit, secus si ficte, verbi gratia per aliud constitutum, nam tunc non præiudicat ei, cui possessio quærenda est eueniente conditione Petrus de Ancharano in cons. 291. & Tiraquel. in tract. de iure constituti in ampliatione 17. nu. 8.

Animaduertatur & Primo, quod dicta declaratio procedit in Colono, siue conductore aut seruo, uel alijs, per quos ipse dominus possidet, at secus est in dom. no possidente, quia per constitutum ipsius naturalis & ciuilis possessio transferrur, & præiudicat ei, cui possessio quærenda est eueniente conditione, ut in dicto tractatu in limitatione 14. Idem Tiraquellus dicit, ad quem locum pro declaratione se remittit in d. ampliat. 17. nu. 8. in fine, in vers. cui adde.

Secundo animaduertatur, quia non procedit si conditio adimpleatur post mortem constituentis, nam si post mortem contiguit, uidetur id constitutum esse collatum post mortem, ideoque per ipsum non posse transferri possessionem, cum tunc constituens non sit futurus possessor, vt iam mortuus, & ideo nihil operatur Tiraquellus in dicto tractatu de iure constituti in d. ampliat. 17. num. 9. sed in casu nostro post mortem uiri constituentis euenit conditio, constitutum

igitur

igitur in fauorem mulieris nihil operatur, & sic non nocet constitutio emptoris, qui uirtute illius statim naturalem, & ciuilem possessionem acquisiuit, & est indubitata conclusio.

Ex prædictis apparet ipsam magnificam Dionoram non posse retentione uti in domo pro eius dote, et ita iuris esse censeo & consulo ego Alexander Trentacinque V.I.D. & ita fuit decisum.

SUMMARIUM.

1 *Pragmatica de assistentia inducta est ex l.fi.C.de acquir.possess.*
2 *Debitor, qui nomine creditoris se possidere constituit, si alienat, tunc creditor agere potest ad repetendum possessionem ex l.fin. C. de acquirend. possess. non aliter facta discussione in bonis principalis, declaratur numer. 3.*
4 *Pragmatica loquens de assistentia declaratur.*
5 *Precarium per mortem constituentis non extingui, sed contra num.6.*
7 *Actio hypothecaria non potest intentari contra tertium possessorem non facta discussione in bonis principalis.*

Consilium XXIII.

FVit dubitatum an magnificæ Dionoræ Coronatæ pro eius dotibus ex ui Regiæ pragmaticæ competeret assistentia contra Stephanum Cappam in domo per ipsum empta a quondam Alfonsio Cappa uiro dictæ mulieris, cum in contractu reassecuratio nis dotis adsit obligatio bonorum, & pactum de capiendo cum constitutione precarij.

In hoc dubio quilibet prima facie legendo pragmaticam, incipientem, assistentiam, & precium, diceret assistentiam magnificæ Dionoræ competere pro eius dote consequẽda contra hunc tertium domus possessorem absque aliqua bonorum discussione prius facienda contra principalem.

1 Veritas tamen est in contrarium, & pro clariori intelligentia sciendum est dictam pragmaticam fundari in iure communi, quia debitor, quando se nomine creditoris possidere constituit, alienat, tunc creditor tamquam possessione priuatus agere potest ad repetendum possessionem ex ui.l.fi. C. de acquiren. 2 possess. non aliter facta discussione in bonis principalis Iacob.Butrig. Flor.& Angel. in auth.hoc si debitor.C.de pigno. Ias.in §.item si quis in fraudem, Instit.de action. Bald.in l. 1.in ult.col.C.de reuocand.his, quæ in fraud. credit.Imol.Cuma.Angel.Roman. & Alex. in l.exitus.ff. de acquirend. possess. Dec. in l. ult.in princ.numer.28.ff.si cert.petat. Alciat. in l. quod meo, in prin.col.2. ff.de acquirend. possess.& Roman.in cons.189.sub num. 9.& in cons.392.circa primum, post numer.11.Ex dicta igitur.l.fin. & ex antedicta conclusione inducta est illa pragmatica quotidiana, qua utimur in Regno circa petitionem assistentię contra tertium possessorem absque alia discussione bonorum contra principalem facta ut in ipsa pragmatica concludit Grammaticus, ac etiam Robertus Maranta in tracta. de ord.iud.in 4.parte, in 7. iudiciorum distinctione, num.51.

Antedicta igitur communis conclusio declaratur procedere durante præcario, sed non eo finito per mortem constituentis, cum precarium per constituentis mortem finiatur. l. 3 cum precario §.precarij.ff.de precar. & c.fin. extr.eod.tit. nam tunc non potest agi contra tertium possessorem, non facta prius discussione in bonis principalis debitoris Alcia.in l. quod meo, in princ.colum.2.ff.de acquirend. possess. Ias.in §.si quis, post nu.77.institu.de actiõn. Negusant.in tract.de pignor.in 1.membro 6.partis principalis post numer.36.Gozadin.in consi.42.nume.4. Roman.in cons.188. colum.fin. & Corn. in consilio 196. in primo volum.

Principalis antedicta conclusio uti antedicto modo declaratur, ita etiam declaratur 4 præfata pragmatica, quia cum sit fundata in d.l.fin.& in prænarrata Doctorum conclusione, ideo uti.d.l.fin.& communis conclusio limitatur, ita & ipsa pragmatica, & ratio est, quia recipit interpretationem passiuam a iure communi Bart.& Bald.in l.omnes populi. ff.de instit.& iur.& Alex.in l.1.§.lex Falcidia. ff.ad leg.Falcid.& sic in dicta pragmatica sub num.2. concludit Grammaticus, & propterea mortuo principali, ob cuius mortem finitum fuit precarium assistentia non est concedenda contra tertium possessorem non prius excussione facta in bonis principalis, & ideo cum Alfonsius principalis debitor sit mortuus, sequitur, quod non facta prius in bonis illius discussione, dicta mulier agere non potest contra Stephanum, seu contra alium possessorem.

Magnificus aduocatus partis aduersæ dicebat uim precarii per mortem constituentis extinctum non censeri, & proinde actionem 5 natam ex contractu, in quo precarium fuit appositum finitam non esse, quemadmodũ scribit Claud.de Seysello aquensis in l.exitus ff.de acquirend. possess. fuit opinio glossæ in l.cum precario §.precarii.ff.de precar. quam sequitur Andr. Tiraquell.in tract. de constit. possess.in 1.parte, num. 65. & quod constitutarius sua possessione per mortem constituẽtis non priuetur, post eundem Clandium Seysellum, & Ludouicum Gozadinum in consil.42.colum.vltim.versic.non obstat consilium, tenet idem Tiraquell.in d.tractat. in 13.ampliat.num.3.versic. quod ita sanè accipiendum est.

Ad hanc obiectionem faciliter respondetur, quia verum est precarium finiri per mor

6 tem constituentis, vt tenent Roman. in cons. 189. col. fin. Corn. in cons. 190. col. 1. uers. item est præmittendum, uolum. primo. Ias. qui id singulare dicit, in §. item si quis in fraudem, in uers. tertio limitatur, in fine, Instit. de actio. Hieronimus Gratus in lib. 2. responsorum, in responso. 63. colum. 4. uer sic. ad quintum respondetur, Dec. in cons. 400. col. pen. in uers. Secundo respondetur, Raynut. in tract. fuitatis, col. 2. uers. non obstat ulterius, Paul. de Castro in l. Aquilius regulus. ff. de donat. Anton. Rub. in repet. l. non solum. §. morte, colum. 9. uers. sed aduerte. ff. de nou. oper. nunc. Matthæus de Afflictis in decisio. 335. nu. 5. & Oldrad. in consi. 139. quæ conclusio probatur in l. cum precario. § fin. ff. de precario & in cap. fin. extr. de precar. & ideo non potest agi contra tertium possessorem non prius excussione facta in bonis principalis, vt tenent Roman. in d. cons. 189. Corn. in dict. consil. 190. Ias. in d. §. item si quis in fraudem, post num. 77. Negusant. in tractat. de pignor. in 1. membro. 6. partis principalis, post num. 36. & Alciatus in d. leg. quod meo, & in terminis huius pragmaticæ concludit Grammaticus, & hanc conclusionem vltra Grammaticum ego probo hac ratione.

Certum est, quod precarium post mortem constituentis porrigitur.

Cum uir facto casu restitutionis dotis, constituit se nomine uxoris possidere, & sic cum fiat in terminis nostris casus restitutionis dotis per mortem uiri, sequitur quod precarium in vita uiri non habuit effectum, sed collatum fuit post ipsius uiri mortem, quo casu precarium non operatur, cum morte uiri extincta sit possessio, & ideo in vxorem nul la tribuitur possessio, & propterea cessat remedium. l. fin. C. de acquirend. possess. quia illud acquiritur ei, cui acquisita esset possessio virtute precarij, ita notabiliter concludit Alexand. in consi. 153. vol. 6. & consequenter uti in casu nostro cessat remedium. d. l. fina. ita etiam cessat remedium pragmaticæ loquentis de assistentia, fundatum in d. l. fin. ut in ipsa pragmatica concludit Grammaticus, ac etiam Robertus Maranta in tract. de ordin. iudic. in 4. parte, in 7. iudiciorum distinctione, numer. 31.

Hæc conclusio, quod sit uera ex hac alia ratione demostratur, Alfonsius Cappæ domũ vendidit Stephano, & constituit se nomine illius possidere, ex hoc igitur constituto discessit omnis possessio a dicta uxore Alfonsij casu quo in eam possessio fuisset translata, prout re vera non fuit, vt dixi, faciunt notata in l. interdum. §. fina. ff. de acquirend. possess. & claret firmant Barto. & alii post eum, in l. Celsus. ff. de vsucap. in vers. sed pone, quod debitor. & illa opinio communiter a Doctoribus approbatur, & posito quod licuisset creditrici spoliatæ possessionem recuperare propria authoritate, tamen illud fuisset, si incontinenti factum fuisset, non ex interuallo. l. 3. §. cum igitur. ff. de vi & vi armat. sed in casu nostro incontinenti factum non fuit, igitur cum nõ sit in possessione non potest uti remedio. d. l. fin. ita etiam taliter, quod executio fieri possit contra Stephanum vti tertium possessorem non facta prius excussione in bonis principalis prout notabiliter concludit Alexan. in consi. 153. uolum. 6. qui loquitur in terminis nostris.

Magnificus Dominus partis contrariæ aduocatus aduersus prædicta iterum considerando dicebat per Regiam pragmaticam cõiungi uim precarij & actionis hypothecariæ, quæ dat ius in re. l. in noxalibus. ff. de noxal. l. rem alienam. ff. de contrahen. empt. l. eorum ff. de damno infect. & l. si finitæ, §. si qua iure, eod. tit. & l. si fine. C. ad Velleian. Vnde cum iura fuerint constituta ab eo, qui Dominum habebat, & constitui debent. l. 2. ff. de pignor. action. ergo istud ius pronenens ex precario & constituto mixtum cum hypothecaria nõ potest dici mortem constituentis esse extinctum.

Ne termini confundantur pro responsione considerandum est, quod aut Dominus Aduocatus uult pragmaticam fundatam esse in ui hypothecæ, & tunc habeo intentum, quia actio hypothecaria est huius uirtutis, ut ea intentari non possit contra tertium possessorem non facta discussione in bonis principalis auth. hoc si debitor. C. de pignor. & hypothec. & sic cum extinctum sit cõstitutum per mortem constituentis, & quia post mortem uiri collatum fuit, quo casu nihil operatur, ut supra dictum fuit, sequitur, quod hypothecaria actio, quæ de mente partis remanet, intentari non potest contra tertium possessorem non facta discussione, in bonis principalis, & sic eius ratio nulla est, imo contra partem hoc modo considerando retorquetur. Aut vult pragmaticam fundatam esse in l. fin. C. de acquirend. possess. prout Grammaticus, & Maranta in prædictis locis concludunt, & tunc cum cesset remedium. d. l. fina. in casu nostro, vt supra ex pluribus demostraui, non est dubium, quod cessat etiam remedium pragmaticæ.

7 Vera est igitur conclusio hanc mulierem non posse uti assistentia uirtute pragmaticæ contra Stephanum emptorem, non facta discussione prius in bonis principalis, & ita est intrepide iudicandum, & secundum hanc opinionem iudicauit sacrum consilium teste Ioanne Vincentio de Anna in allegat. 147. & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D. & ita fuit decisum.

SVMMARIVM.

1 *Libris mercatoris etiam in partitis scriptis in eorum fauorem, stante consuetudine, creditur.*

2 *Liber*

2 *Liber mortui pro hæredibus scribentis probat, cum alijs adminiculis.*
3 *Scriptura recognita per testes facit aliqualem præsumptionem.*
4 *Usurarij ex præsumptionibus conuincuntur.*
5 *Ad detegendam usurariam prauitatem admittuntur coniecturæ.*
6 *Violenta præsumptio in ciuilibus habet uim plenæ probationis.*
7 *Contractus census ad hoc ut valeat, est necesse, quod a principio interueniat pecunia numerata.*
8 *Pecunia mutuata conuerti potest in emptionem annui census, declara nu. 9. 10. & 12.*
11 *Aliquid quando prohibetur, intelligitur prohibitum omne illud, quod sequitur ex eo etiam si sit consequens.*

Consilium XXXIV.

DOmini Fabritius, Ioannes Baptista, & Marius de anno 1567. die 5. mensis Iunij mutuo gratis & amore acceperunt a quodam Ludouico ducatos trecentos septuaginta de Caroteriis ipse Ludouicus die penultima mensis Octobris 1570. dictos trecentos septuaginta ducatos donauit Magnifico Horatio, qui ipsos Ioanni Baptistæ Fabritio, & Mario ad censum dedit ad rationem ducatorum decem pro quolibet centinario. Præsupponitur, quod tempore, quo dicta pecuniarũ summa erat submutuo, ipsi Fabritius, Ioannes Baptistæ, & Marius pro ea soluebant, & solnerunt ipsi Ludouico ducatos decem pro quilibet centinario in quolibet anno, adeo quod contractus mutui erat fæneratitius, & consequenter præéditur, quod de dicto mutuo contractus censualis fieri non poterat, dubitarur quid iuris.

Pro resolutione duo principaliter sunt uidenda.

Primo, an probetur pro dicto mutuo fuisse solutos ducatos decem pro quolibet centinario, & consequenter contractum mutui fuisse fæneratitium.

Secundo An contractus census, cum depẽdeat a contractu mutui fæneratitio fieri potuerit, & hoc tam de iure communi, quam de iure Regni.

In primo dubio concludendum est in processu optime probari pro dicto mutuo fuisse solutos decem ducatos in quolibet anno pro quolibet centinario.

1 Probatur Primo per librum magnifici Io. Bapt. ac per librum mag. Marii, quibus est credendum stante consuetudine optime probata, quod libris mercatoris etiam inpartitis scriptis in eius fauorem plena adhibeatur fides. Rip. in l. admonendi, nu. 127. ff. de iureiur. Decius in c. 2. nume 18. extr. de fide instrument. & Boe. q. 105. nu. 4. & tanto magis credẽdum est libro dicti Marij, qui per multos annos ante litem motam mortuus fuit, & ut apparet ex processu erat uir probus, bonus, & optimus, in quo casu liber mortui pro hæredibus scribentis cum aliis adminiculis plenam facit probationem, Bart. in d. l. admonendi, Socin. in cons. 161. nu. 3. & in cons. 187. nu. 16. uolu. 2. & Boer. dicta quæst. 105. num. 6. & fine adminiculis secundum Bart. in d. l. admonendi nu. 27. facit aliqualem præsumptionem, & secundum Paulum de Castro ibi colu. pen. facit semiplenam probationem, cuius opinionem inter alios secuti fuerunt Socin. in conf. 65. uol. 1. Craue. in conf. 148. nu. 7. & Boer in d. q. 105. nu. 5. & 6. & stante consuetudine prout est in casu nostro adhibetur plena fides Soci. in d. cons. 63. num. 6.

Secundo probatur per litteram dicti Ludouici scriptam magn. Fabritio, ac per alias duas scripturas, in quib. adest calculus de pecuniis receptis per ipsum a prædictis Ioanne Bapt. Fabritio & Mario pro interesse seu usuris ad rationem ducatorum decem pro quolibet centinario pro dicta pecunia mutuata, & de eo quod pro dictis usuris debitores remanebant, quæ littera, & quæ scriptura esse manus Ludouici optime recognitę fuerũt per testes qui notam habebant ipsius manum, & licet non dicant interfuisse, quando fuerunt scriptæ, tamen faciant pro producentibus aliquã præsumptionem Bart. in d. l. admonendi, sub

3 nu. 25. in vers. si uero Apodixa, quem sequuntur Imo. Ant. de But. Abb. & Felin. in c. 2. ext. de fide instrument. Alex. in cons. 329. num. 8. uol. 6. Ias. in cons. 129. col. 2. in fine, uol. primo ubi attestatur hanc esse communem, & cum Bartolo communiter transire Doctores firmat Ruin. in cons. 79. col. 2. uol. 4. & hoc propter præsumptionem, quæ est quod quis de facili non faciat falsam scripturam.

Supradictæ probationes unite perfecte probant in qualibet materia etiam non difficilis probationis, & quando de hoc dubitaretur non potest negari, quin supradictæ probationes presumptiones ac antedicta inditia in materia usurarum plenam non faciant probationem, solent enim usurarij multum cauerè, & occulte suos contractus inire & simulare, ne quoquomodo possint de usuraria prauitate conuinci, ut dicit text. in clem. unica, de usur.

4 prope finem, ideo ex præsumptionibus conuincuntur. c. cum in diocesi, de usu. & c. ad nostram, de emptio. & uend. & c. illo uos, de pig. & non mirum, quia iura generaliter uolunt, quod ex facilioribus probationib. procedatur in actibus, in quibus non solent extranei adhiberi, unde admittuntur probationes regulariter non concludentes. l. consensu. C. de rep. & c. ueniens. 2. de testib. & c. fi. de testib. cog. & quod ad detegendam usurariam prauitatem admittantur uerisimilitudines, coniecturæ, præsumptiones, & inditia, & quod faciant plenam probationem tenent Abb. in consil. 113. in 2. parte, qui loquitur in probatione resultante ex libro mortui in fauorem hæredis

Iaſ.in l.ſi quis ex argentariis.§.prætor ait.ff.de edend.in l.cum ea,ſub num.4.in uerſi.& ideo C de tranſact. Aymon Crauetta alios allegās in conſil. 73.nu 7.Marcus Antonius Natta in conſ.198.nu.19.uolu.primo.Corn.in conſ.71. nu.4.uol.2.& Ioannes Cæphalus in conſ.198. nu.16.uol.2.

Appaꝛet igitur in caſu noſtro quod ſolutio uſurarum probatur per librum dicti Magnifici Marii, qui ante motam litem, multo tempore antea mortuus fuerat, qui liber una cū dicti Magnifici Ioannis Baptiſtæ cum litteris miſſiuis,& cum duobus aliis ſcripturis priuatis dicti Ludouici,& ſic cum ipſis adminiculis plenam facit probationem, & negari non poteſt quin etiam non ſint ualidiſſimæ præſumptiones, & coniectura,ac etiam ſufficientia inditia, & talia, quæ in materia vſurarum non faciant pleniſſimam probationem,violē 6 ta enim præſumptio in criminalibus licet nō valeat, vel non ſufficiat ad condemnandum, tamen in ciuilibus habet uim plenæ probationis Iaſ.in l.1.num.29.C.de ſeruis fugit.cum aliis ibi per eum relatis,& una præſumptio,uel vna veriſimilirudo addita pluribus præſumptionibus,vel veriſimilitudinibus inducit plenam probationem Crauett. in conſ.61. circa finem.

Non eſt igitur dubitandum de ſolutione pecuniarum ad rationem decem ducatorū pro quolibet centinario in quolibat anno pro dicta pecunia mutuata, & ſic contractus fuit ſimulatus,& feneratitius, cum in contractu mutui committatur vſura, quando ultra ſortem pro mutuo aliquid ſoluitur gloſ.in c.conqueſtus,de vſur.Socin.in conſil.88.numer. 9. uolum.2.& Alexander de Neuo in conſ. 95. num.19.probatur in c.conſuluit,extr.de vſur. & ſolutio ſemper præſumitur ex ipſo contractu mutui, cum alius contractus nec licitus, uel illicitus præcedebat,Ioannes Cæphalus in d.conſ 198.nu.12.cum ſeq.

In ſecundo dubio concludendum ſimiliter eſt dictum contractum cenſus de iure nō ualere, cum dependeat immediate a contractu mutui fæneratitio, quod probatur ex duobus principaliter.

Primo,Contractus cenſus ad hoc vt valeat eſt neceſſe,quod tempore celebrationis contractus integraliter numeretur pecunia, vt colligitur in capit. 1. & 2. in extrauagantibus ſub rub.de empione & uenditione,& ita concludit de mente omnium Doctorum Franciſcus Viuius in libr. 3. Siluæ communium opinionum,in opin. 1052.in verſ.ſecunda conditio,& Nauar.in ſuo manuali,in cap.17.nume. 232.& colligitur expreſſe ex Bulla Nicolai V. quæ in hoc regno obſeruatur, in verbis illis, dummodo annualis cenſus huiuſmodi cenſualium decimam partem principalis recepti ſeu pretij eorundem non excedat, ſed in caſu noſtro tempore celebrationis huius contractus cenſualis pecunia integra numerata non interuenit,igitur huiuſmodi contractus cenſualis tali pacto conrrahi non potuit.

8 Et ſi dicatur, quod pecunia mutuata conuerti poteſt in emptionem annui cenſus, vt dixit Stephanus Bertrandus in conſilio 91.ex propoſitis,num.7.lib.3.Andreas Tiraquell.in tract.de vtroque retractu,in fine,num.137.& Follerius in praxi cenſuali,in ca. cenſus enim dici ſoler,nu.99.pag.mihi 348.

Reſpondeo duobus modis.

9 Primo procedere quando contractus mutui fuit legitimus, & à iure approbatus, & tempore celebrationis contractus cenſus, tota pecunia debebatur,& a pecunia debita conuerſa ſuit in emptionem annui cenſus. At ſecus eſt quando pecunia integra ratione mutui fæneratitii tempore celebrationis contractus cenſus non debebatur, & tota pecunia mutuata conuerſa fuit in emptionem annui cenſus, licet tota non debebatur, nam tunc contractus mutui non poteſt conuerti in emptionem annui cenſus,ex quo ſi integra pecunia non ſoluatur,cenſus ſoluitur demum ultra decem pro centinario, quod eſt prohibitum,& dicitur contractus cenſualis Fæneratitius, vt ex Bulla Nicolai Quinti, quæ in hoc regno obſeruatur,expreſſe elicitur. Sed in caſu noſtro tota pecunia mutuata per ipſum Ludouicum Ioanni Baptiſtæ Fabritio,& Mario non debebatur tēpore, quo fuit facta emptio annui cenſus per magnificum Horatiū, vt uerificabo, igitur ipſa pecunia mutuata in tegra conuerti non poterat in emptionem annui cenſus,& ſic conuertatur dicitur emptio prohibita,illicita,& fæneratitia.

Quod integrum mutuum non debebatur tempore emptionis annui cenſus, probatur ita apertiſſime.

Quando uſuræ nullo iure ſunt debitæ,tunc illud, quod ſoluitur, etiam ſi expreſſe ſoluatur pro uſuris, non cedit in cauſam uſurariā, quæ nulla eſt,ſed cedit in ſortem,& extinguit debitum ſortis.l.indebitas.C.de vſur. l.rogaſti.§.ſi tibi.ff.ſi cert.petat.& ſi poſtea ſors ſoluatur,tanquam indebitæ ſoluta repetitur. l. ſi non ſortem,in princ.vbi Caſus.ff. de condictio.indebit. tradit Paul. de Caſtro in conſil. 446.parte prima in nouis.

Sed in caſu noſtro uſuræ pro mutuo ſolutæ fuerunt,ut ſupra demōſtratum fuit in primo dubio,igitur illę non ceſſerunt in cauſam vſurariam, ſed in ſortem, & debitum ſortis extinxerunt, igitur ratione illius quantitatis ſolutæ in tegra pecunia mutuata tempore celebrationis contractus non debebatur. Et pro hac ratione facit Bald. in conſilio 10. uolum. 3.

Secundo & vltimo reſpondeo, quod procedit dicta concluſio Bertrandi, Tiraquelli, 10 & Follerij, quando pecunia,quæ mutuo debebatur erat ſolutioni parata,ſecus ſi non extet ſolutioni parata,quia tunc contractus mutui in alium contractum puta emptionis cenſus

sus conuerti non potest, & ratio est, quia quã do contractus, qui de nouo constituitur requirit certas res, vt puta res consistentes in pondere, numero, uel mensura, tunc si non extent solutioni paratæ, non possunt in alium debitum conuerti, ita notabiliter concludit Bart. in l. singularia, sub num. 21. in versi. si vero contractus, qui de nouo constituit. ff. si cer. petat.

Sed in casu contractus censualis, in quo casu nos loquimur, requiritur pecunia, & sic res, quæ numero, & pondere consistit, igitur ad hoc vt mutuum conuerti possit in emptionem annui census, requiritur, quod dicta pecunia extet solutioni parata.

Sed in casu nostro pecunia non erat solutioni parata, quia erant pauperes, & ideo nec præsumitur, igitur mutuum non poterat cõuerti in contractum.

Secundo principaliter, quod de iure communi iste contractus census dependens a contractu mutui fæneratitio non teneat, probatur hac alia ratione, contractus mutui cum sit fæneratitius, dicitur prohibitus, igitur dicitur prohibitus quilibet alius contractus ab eo dependens, probatur consequentia, quia quando aliquid prohibetur, intelligitur prohibitum omne illud, quod sequitur ex eo etiã si sit consequens Barto. & alii in l. 2. ff. de iurisd. & om. iudic. Abb. Dec. & alii in l nam concupiscentiam extr. de constitut. probatur in l. 3. §. sciendum ff de donat. inter vir. & vxor. & in l. non dubium. C. de legib. in uersic. sed & si quid fuerit subsequutum, facit decisio Guidonis Papæ decis. vlt.

11 Corroboratur hæc ratio, quia uti contractus mutui erat simulatus, & fæneratitius, ita etiam contractus census factus ex dicto mutuo, præsumitur simulatus, & in fraudem vsurarum factus, tradit Ioannes Cæphalus in cons. 198. sub nume. 18. versi. vnde, uolum. 2. & quod præsumatur iste censualis contractus simulatus, & in fraudem usurarum factus probatur ex illa vera conclusione, quæ est, quod quando præcedit contractus mutui, & deinde ex illo mutuo fit emptio cum pacto de retrouendendo, tunc instrumentum emptionis iudicatur fæneratitium, & usurarum Romanus de mente Odofredi in cons. 423. nu. 12. & in sing. 363. Curt. iun. in l. 2. §. mutui datio, num. 21. ff. si cert. petat. Ioan. Cæphalus in d. consi. 198. num. 19. & Bartolhomæus Cæp. in tractat. de simulatione contract. in prima præsumpt. in versi. & idem tenet Ludouicus Pontanus, & ideo cum in casu nostro præcedat mutuum, & quod est plus fæneratitium, & deinde sequatur emptio annui census ex dicto mutuo cum pacto de retrouendendo, sequitur, quod præsumatur simulatus, fæneratitius, & in fraudem usurarum factus, & in hoc casu non præcedit illa conclusio, quod ex mutuo fieri possit contractus censualis. & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D. & ita fuit decisum per Curiam Aquilanam post longam discussionem.

SVMMARIVM.

1. *Auxilium in delicto tribus modis potest considerari.*
2. *Lata culpa dolo non æquiperatur, ubi de pæna corporali tractatur.*
3. *Pæna relegationis similis est pænæ fustigationis.*
4. *Missus a Curia ad sedandam rixam non punitur etiam si in ea rixa sequatur homicidium.*
5. *Ad hoc ut quis de auxilio præstito puniri possint, quæ requirantur, & nu. 6.*
7. *Quando non constat de rixæ inceptore quis puniri non potest.*

Consilium XXXV.

IN hac causa criminali, contra dominum Sebastianum de Nardis sacræ Religionis sancti Stephani equitem, formata, considerãdum est, auxilium in delicto tribus modis esse posse.

1 Primo ante delictum commissum.

Secundo tempore, quo delictum committitur.

Tertio post delictum perpetratum, Iacobus Menoch in tract. de arbitr. iudic. in casu 349. & Iulius Clarus in lib. 5. sententiarum in §. fin. q. 90.

In hoc igitur casu nostro, auxilium non potest considerari ante delictum commissum, quia nullum auxilium præstitum fuit, nec potuit præstari, cum prætensum delictum non appensate, sed casu perpetratum fuerit.

Neque post delictum commissum, cum nullum auxilium fuerit præstitum.

In his duobus temporibus fuisse præstitũ auxilium non solum non probatur, sed ex processu contrarium apparet. Ideo dominus Sebastianus nullo pacto pro hoc prætenso auxilio puniri potest.

Si consideretur auxilium tempore delicti.

Tunc aut curia prætendit auxilium fuisse, præstitum per Dominum Sebastianum Domino Marino Caprucciæ, tempore, quo ipse Marinus insultatus fuit a Cappellano, & ab alijs Hispanis, & hoc non potest esse, quia tunc temporis Dominus Sebastianus non aderat, & ipsum tunc temporis adfuisse non probatur ex processu, ut est uidere.

Aut curia prætendit auxilium præstitum fuisse tempore rixæ inceptæ cum filiis Marini Caprucciæ, & tunc tria sunt consideranda.

Primo, quod fuit mere rixa.

Secundo, quod inceptores rixę fuerunt milites Hispani.

Tertio quod Dominus eques Sebastianus fuit

fuit missus ab actuario Campaneæ, ut rixam sedaret, ne maiora inconuenientia sequerentur.

Hæc esse vera aperte constat tum ex informatione, per curiam capta, tum ex testibus examinatis ad defensionem ipsius domini equitis Sebastiani.

Ex prædictis præmissis in facto uerissimis, curia non potest prætendere Dominum Sebastianum auxilium præstitisse dolose, cum, (quatenus curia uelit esse in opinione fuisse præstitum auxilium), non ex proposito, & animo deliberato fuerit præstitum, sed in rixa, & a militibus Hispanis causata. l. 1. §. Diuus ff. ad leg. Cornel. de sicar.

Si prætendit in dicto prætenso auxilio fuisse in culpa lata, & tunc pœna relegationis puniri non potest.

2 Ratio est, quia vbi tractatur de pœna corporali, lata culpa non æquiperatur dolo l. in lege Cornelia. ff. ad leg. Corn. de sicar. Bart. in l. 1. §. non autem. ff. si quis testam. liber esse iussus fuerit, & late Hypolit. de Marsil. in l. de minore, num. 32. ff. de quæstion. sed pœna relegationis similis est pœnæ fustigationis, per quam

3 corpus affligitur, cum omnes sint de mero imperio paruo Barto. & Doctores in l. imperium. ff. de iurisdict. omn. iudic. Baldi. in l. imperatores. ff. de offic. præfect. vrb. & Grammatic in consilio crimin. 37. numer. 15. igitur pœna relegationis in casu isto imponi non potest.

Imo quod tamquam auxiliator nullo pacto puniri possit, probatur his rationibus.

Primo. Aut Curia vult in consideratione habere defensiones factas, aut Curiæ informationem.

Si Primo casu respicit defensiones, & tunc apparet post rixam ceptam ipsum dominum equitem Sebastianum missum fuisse a Notario Scipione actuario Regii tribunalis Cam-

4 paneæ, vt rixam sedaret, ne maiora inconuenientia sequerentur, prout fecit, & constat ex defensionibus factis, unde nullo pacto puniri potest, quamuis in ea rixa sequutum fuerit Homicidium, Mantua in consil. 281 libr. 1. & Iulius Clarus in libr. 5. sentent. in §. fina. quæstion. 90 in versicu. quæro nunquid, in fine versiculi.

Si secundo casu habet in consideratione informationem, & tunc neque puniri potest, & ratio est.

5 Quia quando proceditur contra aliquem de Auxilio præstito ad delictum committendum debet constare, quod ad hoc principaliter fuerit coadunatus, & quod auxiliabatur assistendo, vt habilius & commodius fieret delictum per principalem delinquentem. l. 3. § homines. ff. de ui bonor. raptor. Marsi. in cō sil. 34. nu. me. 7. & Follerius in sua practica criminali, in uerbo, capiat informationem, numer. 59.

Item debet constare, quod delictum non poterat fieri sine auxilio illius, quod si ipse nō interuenisset auxiliando, non sequutum fuisset delictum, uel si nihilominus patrari potuerit, non tamen ita facile, & commode, Follerius, in dicto uerbo, capiat informationem, nu. 60.

Sed ex informatione Curiæ non constat, quod Dominus eques Sebastianus fuerit ad hoc vna cum alijs coadunatus, vt rixa illa fieret, ac etiam homicidium, imo constat de cōtrario, & maxime cum ex informatione Curiæ constet inceptores rixæ fuisse milites Hispanos, nec constat, quod rixa & homicidium non potuisset fieri sine auxilio illius, & quod si ipse non interuenisset auxiliando, non sequuta fuisset rixa, nec Homicidium, vel si potuisset patrari, non ita facile, igitur non potest puniri de prætenso auxilio præstito.

Secundo probatur. Curia aut prætendit auxilium præstitum fuisse ad rixam incipiendam. Aut post rixam ceptam ad Homicidiū committendum.

Si primo casu loquimur, & tunc si respicimus defensiones, apparet inceptores rixæ fuisse Hispanos, igitur remouetur cogitatio Curiæ, prætendēs auxilium fuisse præstitum, ad rixam incipiendam.

Si respicimus informationem, unum de duobus est fatēdum, vel quod ex ea appareat inceptores rixæ fuisse Hispanos, uel quod nō

7 constet quis fuerit rixæ inceptor, igitur de auxilio præstito puniri non potest, cum non constet de principali delinquente rixæ inceptore, Marsil. in consi. 34. nume. 5. & in consi. 69. numer. 5.

Si secundo casu loquimur, & tunc, cum homicidium fuerit commissum in rixa, & constet de percussore, apparet dolose non fuisse commissum, & ex proposito. leg. 1. §. Diuus ff. ad leg. Cornel. de sicar. & cum non constet Dominum æquitem Sebastianum coadunatum una cum alijs fuisse, apparet non dolose, & ex proposito posse Curiam prætendere, fuisse auxilium præstitum, Marsil. in d. consil. 34 numer. 7. & sic ratione doli puniri non potest.

Si in hoc secundo casu prætendit Curia in hoc prætenso auxilio fuisse Domini equitis Sebastiani latam culpam, & tunc pro ea nullo pacto puniri potest, Decius in consi. 9. in 2. & 3. colum. & Marsil. in consilio 67. numero 52.

Apparet aperte, dominum equitem Sebastianum non pœna relegationis, nec aliqua alia pœna puniri posse, sed esse absoluendum, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

Per magnam Curiam Vicariæ fuit relegatus per quadriennium in insulam per suā excellentiam declarandam, a qua sententia appellauit ad sacrum consilium, in quo post longam discussionem fuit absolutus, & bene, ut constat ex prædictis.

SVMMARIVM.

1 *Nominatio facit inditium ad inquirendum, declara numer.2.*
3 *Nominatio sola non facit inditium ad torturam.*
4 *Confessio facta super processu iuris ordine non seruato, non valet:*
5 *Ordo seruandus ad hoc, vt repertus in flagranti possit condemnari, & ad hoc, vt possit retorquere, nume.6.*

Consilium XXXVI.

1 NOminatio in tortura fit contra spinam, & non contra alios, quæ nominatio cõtra spinam facit solum inditium ad inquirendum contra eum, & non contra alios, qui nullo pacto nominantur, imo si ad interrogationem iudicis esset facta nominatio contra alios, contra quos nullum adesset inditium, nominatio nihil operaretur, Iulus Clarus in libro 5. sententiarum. §. fi. q. 21. in uersicul. retenta igitur communi opinione in fine uersiculi.

Ista nominatio contra spinam facit solum inditium ad inquirendum, sed non ad torturam, cum alia inditia non concurrant Salyce. 3 in l. fin. C. de accusat. Rolandus à Valle in consi. 16. per totum, & præcipue num. 17. volum. primo, & latissime Iulius Clarus in libr. 5. sententiarum. §. fin. q. 21. uers. sed quid in criminibus exceptis, & tanto magis non facit in casu nostro inditium ad torturam, cum tortus sit periurus, ut patet ex prima depositione & ex secunda facta in tormentis, Roland. à Valle in d. cons. 16.

4 Ista nominatio facta in tortura contra spinam nullius est momenti, quia torqueri non poterat iste, qui præsupponitur delinquens eo modo, quo tortus fuit, & ideo cum tortura sit nulla, pariter & eius confessio nulla existit, cum talis confessio facta fuerit super processu formato per iudicem iuris ordine non seruato, ut tradit Iulius Clarus in libr. 5. sentent. §. fin. q. 55. uers. item potest allegare, & vers. si vero confessio, quod tortus fuerit iuris ordine non seruato patet ex hac consideratione. Aut non datis defensionibus, & ex processu informatiuo posuit istum inquisitum in tortura ex capite quod esset repertus in flagranti, vel ex capite, quod assassinium commiserit.

5 Si ex primo capite non seruauit ordinem, Cum ordo procedendi ad torturam contra repertum in flagranti est iste. Iudex statim in præsentia magistri actorum debet interrogare eum quomodo uocetur, & quare sic captus ueniat in iudicio coram iudice, & si commisit delictum, propter quod est captus, & sibi præsentatus, & si confiteatur faciat omnia scribere in actis, & deinde non obstante eius confessione, debet examinare testes, qui interfuerunt, quando fuit captus in flagranti, & etiam ipsos, qui eum ceperunt in flagranti delicto, & eum ad iudicem duxerunt, hoc est eo citato ad uidendum iuramenta testium, & si constat per testes, dicat ipsi carcerato publicando testes, postea producat eum in Curia sedente pro tribunali, & legat sibi suam confessionem, si illam ratificabit, tunc procedetur contra eum ad condemnationem tanquam contra confessum, & conuictum.

6 Si uero neget, tunc debet iudex examinare testes, qui interfuerunt, quando fuit captus & etiam ipsos, qui eum ceperunt in flagranti delicto, & duxerunt eum ad iudicem, & hoc fieri debet eo citato ad uidendum iuramenta testium, & deinde dicta testium debet legere in eius præsentia, vt uix ipse delictum, quod commisit, negare possit, & si fiat induratus, affrontatione facta in negotiatione, iudex ipsum ponat in tormentis, & si porro starer induratus debet dare terminum ad se defendendum, quo elapso, & nihil probato debet iudex eum condemnare tanquam conuictum, & non confessum, ita notabiliter tradit Matthæus de Afflictis super cõstitutionibus Regni, in constitut. Humanitate, nu. 27. quando enim testes examinantur non citato eo ad uidendum iuramenta testium, seu eis non examinatis in præsentia reperti in flagranti, nõ faciunt Inditium ad torturam Grammat. decis. 11. nu. 8. & 13.

At in casu nostro iste ordo non fuit seruatus, nam testes fuerunt examinati non præsente eo, neque eo citato ad uidendum iuramenta testium, nec testes dicunt ipsum in flagranti captum fuisse, & principales hoc deponentes non probant, ut dicit Afflictus in dicta constitutione, Humanitate, nec fuit facta confrontatio, nec ei dicta testium lecta fuerunt, ergo certum est, quod dicta tortura illata fuit iuris ordine non seruato, & contra legem, nec aderant inditia, quia testes examinati, eo non citato, seu in eius præsentia non faciunt inditium ad torturam. Grammat. dicta decis. 11. Igitur eius confessio est nulla etiam si millies fuisset ratificata, tum quia tortura illata fuit iuris ordine non seruato, tum quia sine inditiis sufficientibus ad torturam, quo casu confessio non ualet Gram. uoto 6.

Si ex secundo capite debet iudex examinare testes eo citato ad uidendum iuramenta testium, seu eos in eius præsentia examinare, & debet constare, quod sit assassinus, & demum contra eum procedere potest iuris ordine non seruato, sed in casu nostro testes eo præsente, seu citato ad uidendum iuramenta testium non fuerunt examinati, nec per testes constabat, quod erat assassinus, ergo ex hoc capite non poterat contra ipsum procedere, & si eum processerit, constat, quod iuris ordine non seruato processit.

Cum igitur ista nominatio non noceat spi

næ nominatæ, non poteſt multo magis nocere non nominatis, & ita iuris eſſe cenſeo, & conſulo ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Leges, ſeu ſtatuta punientia delicta intelliguntur ſi delicta dolo malo, & ex propoſito fiant.*
2 *Statuta interpretãtur ſecundum ius commune ne quis indebitè pœnam patiatur.*
3 *Neceſſitas ſemper ab actu prohibito cenſetur excluſa.*
4 *Banni effectus non extenditur extra territorium bannientium.*
5 *Delictum confitens cum qualitate, tunc fiſcus poteſt confeſſionem acceptare abſque qualitate. Sed contra num. 6.*
7 *Qualibet cauſa inquiſitum à dolo excuſat.*
8 *Bannito, qui impune offendi poteſt, licita eſt defenſio, & ideo ſaluum conductum, ſeu indultum rupiſſe non dicitur.*
9 *Statutum inductum ob publicam utilitatem extenditur ad alios caſus vbi eſt eadem ratio.*
10 *Ille caſus habetur pro expreſſo, in quo idem fuiſſet pro uiſum, ſi de illo diſponens interrogatus fuiſſet.*
11 *Lex ſeu ſtatutum intelligitur de ſimilibus ad ſimilia. amplia num. 12.*

Conſilium XXXVII.

POſt præſentationem capitis factam ad inſtantiam Baldaſſaris Cornacchiæ pro obtinendo Regio indulctu præſupponitur per Curiam ipſum conuerſaſſe cum bannitis in Ciuitate Zaræ, in itinere per mare, & certaſſe cum Curia, & propterea Regio indultu gaudere non poſſe.

Pro reſolutione huius dubij uidendum eſt primo quomodo Regium bannum intelligatur. Secundo, an dicta prætenſa cum bannitis conuerſario ſub pœna banni, ac ſub ipſo banno comprehendatur. Tertio, an prætenſum certamen cum Curia factum noceat huic inquiſito ita, & taliter, quod gaudere Regio indulto non poſſit. Quarto & ultimo, an bannum concedens indultum ſi excepti interficiantur, & pro delictis poſt bannum commiſſis ex identitate rationis ſcriptæ extendatur etiam ad occidentes non exceptuatos dummodo occiſi fuerint bannitorum capitat, & ſic eiuſdem qualitatis, prout exceptuati.

In primo dubio dicendum eſt Regium bãnum habere inter alias duas principales declarationes.

Prima eſt, ut procedat quando quis voluntariè & doloſè cum bannitis conuerſatur, ſecus ſi non doloſè, nam tunc ſub pæna banni non comprehenditur, & ratio eſt, quia leges, ſeu ſtatuta punientes, ſeu punientia delicta, reſtringuntur intelliguntur, ac interpretantur ſi delicta fiant dolo malo, & ex propoſito, ſecus ſi non Doctores & maxime Bal. & Salicet. in l. 2. C. de noxal. Bald. in l. data opera. in 5. colum. C. qui accuſa. non poſſ. & in l. quicunque. in 6. colum. C. de ſerui. fugit. Angel. in l. is qui cum telo. ad leg. Cornel. de ſicar. & Hyppol. de Marſil. in conſ. 4 num. 27. in conſ. 7. num. 15. in conſi. 67. num. 12. & in conſi. 91. Probatur hæc concluſio in l. 1. §. Diuus. ff. ad l. Cornel. de ſicar. & in l. cum autem. § capitalem. ff. de ædilit. edic. ſtatuta enim interpretãtur ſecundum ius commune, ne quis indebitè pænam patiatur. l. quamuis. ff. de in ius uocan. & l. 2. C. de noxal. & ideo notabiliter dixit Paulus de Caſtr. in l. 1. ff. de legib. quod ſi ſtatutum dicat quod occidẽs occidatur, niſi dolosè & ex propoſito occiderit, non occidetur, & ſic erit uera declaratio in caſu noſtro, quod bannum prohibens ſub pæna mortis cum bãnitis conuerſationem, intelligatur ſi ex propoſito, & doloſè fiat conuerſatio, ſecus ſi non doloſè.

Secunda eſt declaratio, ut procedat quando quis voluntariè cum bannitis conuerſatur, ſecus ſi coactè, ſeu ex neceſſitate cum ipſis conuerſetur, nam tunc pæna banni locum non habet, & ratio eſt, quia ſemper ab actu prohibitiuo cenſetur excluſa neceſſitas. l. filius familias. § Diui. & ibi Doctores. ff. de legat. primo l. peto. §. prædium. & ibi Bart. ff. de legat. ſecundo, & l. pater filium. in princ. & ibi etiam Bart. ff. de legat. tertio. Neceſſitatis autem cauſa quæ fiunt nunquam prohibita intelliguntur, etiam ſi pateat lariſſime prohibitio, & ut noſtri dicunt, uniuerſalis, & generalis ſit. Roman. in conſ. 280. Alexa. in conſ. 215. uolum. 6. Soci. in. conſi. 80. colum. fi. uolu. 4 & Aym. Crauet. in conſ. 6. numer. 91. uolum. primo, & in materia facit conſilium Rolandi à Valle in conſil. 60. numer. 10. cum ſeqq. volum. 2.

His declarationibus ſic ſtantibus demonſtrandum eſt, quod dicta prætenſa conuerſatio, quatenus conuerſatio appellanda ſit, non doloſè, nec uoluntariè fuit, ſed ex quadam neceſſitate, & ſic ſub banno non comprehenditur, & hoc uerum eſſe ſic uerificatur.

Aut curia uim facit in conuerſatione in Ciuitate Zaræ, aut in itinere per mare, aut poſt tranſitum de mare in terram de conuerſatio ne unius diei, & noctis.

Si primo caſu loquimur, & tunc dicta conuerſatio cum bannitis non probatur ex confeſſione inquiſiti, cum dicat illos in ciuitate Zaræ cognouiſſe, ſtare enim poteſt quod cognouerit ipſos bannitos, & quod cum ipſis non conuerſauerit, & ſic non probat hoc eſſe quod contingit abeſſe. l. non hoc. Cod. unde legit.

Nec etiam probatur ex dicto unius teſtis, cum unicus teſtis non probet. leg. vbi numerus.

tus. ff. de testib. & maximè cum sit notorius inimicus. l. 3. ff. eo. tit. Cum igitur ipsa conuersatio non probetur, pro ea puniri non potest, imo quatenus probaretur non potest pœna banni puniri, & ratio est, quia effectus banni non extenditur extra territorium bannientium. Bald. in l. 1. colum. 3. C. de hæred. instit. & Roland à Valle in cons. 60. num. 15. uol. 2. & ideo cum ciuitas Zaræ non sit de dominio sacræ, & Catholicæ Maiestatis, sequitur quod bannum ibi non extenditur.

Si secundo casu loquimur de prætensa conuersatione in itinere per mare, & tunc ad excludendum delictum dico primo, quod ipse confitetur discessisse de ciuitate Zaræ, & iter habuisse per mare causa redeundi ad patriã, vel ut haberet pecuniam, uel vt seruiret Regi cum Iulio Rosales, & cum Angelo, & Cæsare de Martinis. & sic prætensa conuersatio cum bannitis non fuit dolosè. Hæc enim confessio acceptata est cum suis qualitatibus, quæ qualitates dolum excludunt, & si dicatur quod si confitens cum qualitate habeat contra se præsumptionem iuris, tunc fiscus potest acceptare confessionem absque qualitate, vtputa si quis confiteatur se occidisse hominem pro sui defensione, fiscus cogitur stare confessioni in quantum dicit illum occidisse, sed non cogitur stare inquantum dicit ad sui defensionem, quia præsumit ius contra occidentem. l. 1. C. de sicar. Bart. in l. Aurelius. §. idem quæsijt. nu. 2. ff. de liberat. legat.

Respondeo quod imo iudex cum suis qualitatibus confessionem acceptare tenetur, ita dixit gl. in l. si quidem. C. de exceptio. Cyn. in l. 2. C. de donat. ante nupt. & in l. 1. C. de confess. in 13. q. & hæc est communis opinio secundum Hyppol. de Marsi. in cons. 136. num. 28. & 44. & hæc conclusio est uerissima quando de delicto non constat nisi per confessionem, nam tunc confitens eam declarare potest. argum. l. si quis intentione. ff. de iudic. tradit Fernand. Vasquius in tractat. de success. creat. lib. 3. §. 33. num. 23. & Hyppol. de Marsil. in sing. 185. cum igitur de prædicta prætensa conuersatione non constet nisi per confessionem inquisiti, sequitur, quod illa cum suis qualitatibus acceptanda est, quæ qualitates dolum excludunt, ex quo iter cum bannitis per mare habuit solum animo redeundi ad patriam pro habenda pecunia, uel causa inseruiendi Regi contra bannitos, & sic non animo conuersandi cum ipsis, & cum ipsis delicta committere, & ideo ex hac conuersatione non potest pæna banni puniri.

Secundo principaliter ad excludendum delictum pro prætensa conuersatione per mare dico quod per mare iuit inquisitus ex necessitate, quam uerifico hac consideratione; Aut intus barcam iuit prius inquisitus, & deinde iuerunt prætensi banniti nescientes ibi esse prædictum Baldassarem, aut iuerunt prius banniti, & deinde inquisitus nesciens ibi esse bannitus. Aut simul iuerunt, si primo, & secundo casu loquimur, & tunc non adest dolus inquisiti, & per mare cum essent in una barca, non poterat inquisitus discedere, & se à bannitis separare, & sic consideratur necessitas, si tertio casu loquimur, & tunc posset dolus forsan considerari, modo sic. In materia de qua agitur non constat quomodo iuerit inquisitus per mare cum bannitis, an primo secundo, an tertio casu, igitur Iudex debet facere interpretationem in benigniorem partem, & capere casum delicti exclusiuum. iux. l. merito. ff. pro socio, & propterea debet concludere inquisitum iuisse cum bannitis per mare primo, seu secundo modo, & sic ex necessitate, & non uoluntariè, & dolosè, & per consequens fieri debet determinatio hãc prætensam conuersationem sub banno non comprehendi. Vltra prædictas responsiones facit, quod illud mare est sub dominio Venetiarum, & ideo cum sit extra iurisdictionem bannientis bannum per illud mare non extenditur arg. l. fi. de iurisd. omn. iud.

Si tertio, & ultimo casu loquimur, idest de conuersatione per terram post transitum de mare ad terram, & tunc ipsa fuit non dolosè, sed ex necessitate, quam uerifico, nam statim quod fuit in terra ipse cum aliis gentibus fuit aggressus, & sic ut ipse cum aliis in tutum se redderet, cepit aufugere, & certare, putans illos esse inimicos, & quod ipsum causa interficiendi prosequerentur, & sic ut in tutum se redderet, & ut eius uitam saluaret cum dictis prætensis bannitis aufugit, & cum ipsis conuersare coactus fuit, & hæc secunda depositio cum eodem die, & sic incontinenti facta fuerit, est attendenda. Abb. & alij in c. præterea. ext. de testib. cog.

Necessitas etiam consideratur, quia cum esset inquisitus periudicatus, & taleam haberet, non poterat conuersari cum non bannitis, ex quo essent in pæna, & ideo ne solus iret cogebatur cum bannitis proficisci, & licet hæc necessitas dicatur causatiua, & non præcisa, nihilominus ipsum excusat à dolo, cũ quæ libet causa dicatur à dolo inquisitum excusare. l. igitur. ff. de liberali causa.

Ex prædictis apparet primum, & secundũ dubium resolutum, & deueniendo ad tertiũ dubium, concludendum est certamen, prætensum cum curia factum non nocere inquisito, ne gaudeat Regio indultu, quod uerum esse hac consideratione probatur.

Inquisitus non putabat esse curiam, quæ ipsum prosequebatur, sed eius inimicos, ne igitur interficeretur, licuit se defendere; nam bannitus licet ex forma statuti impunè offendi possit, tamen defendens se excusatur de eo quod fecit ad sui defensionem. Bald. in l. 1. in pen. colum. uers. quid de bannito. C. unde ui. & Grammatic. in constitutio. pænam eorum. num. 45. & bannito, qui impunè offendi potest, est licita defensio, ita notabiliter tradit Paul.

Paul. de Castr. in conf. 255. incip. uiso supra scripto puncto. in prima parte. in nouis, & in tali casu se defendens non dicitur indultum, seu saluum conductum rupisse. l. uerum. ff. de furt. ita tradit Nell. á sancto Geminiano in tractatu de bannitis in secunda parte secundi temporis nu. 16. in 16. quæstione.

Resoluendo quartum, & vltimum dubiū dico bannum ex identitate rationis loquens de quibusdam exceptuatis extendi etiam ad interficientes non exceptuatos, dummodo qui interficientur sint bannitorum capita; quæ conclusio probatur.

Primo quia statutum inductum ob publicam vtilitatem extenditur ad alios casus, 9 vbi est similis ratio. Alexan. in cons. 68. uol. 3. Ias. in l. centesimis. §. fi. sub num. 14. in vers. item quando agitur de delictis puniendis ff. de verbor. obligatio. & in l. si filius familias ff. si cert. petat. in casibus enim, in quibus sit aliqua dispositio ob aliquam publicā utilitatem, fit extensio ex identitate rationis, vbi in alia materia non fieret. Alexan. in cons. 34 num. 9. uol. 5. sed in casu nostro bannum emanatum fuit ob publicam vtilitatem tum ut homines a delinquendo teneanrur, scientes se postea posse impunè occidi, tum ut maleficia non remaneant impunita. l. ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. igitur permittitur extensio ad alios etiam casus ex identitate rationis, & etiam ubi alias de iure non fieret extensio.

Sed ratio banni est, tum vt ob exemplum eorum alii terreantur à committendis delictis, tum ne delicta remaneant impunita ratione publicæ vtilitatis, & tum vt prouincia à bannitis libera remaneat sed istæ rationes militant etiam in aliis capitibus bannitorum. ideo dispositio facta pro quibusdam, nominatis extenditur etiam ad alios non nominatos & sic vti occidentes nominatos gaudent beneficio indultus, ita occidentes non nominatos gaudere debent eodem beneficio.

Confirmatur hæc ratio, ille enim casus habetur pro expresso, in quo idem fuisset proui 10 sum si de illo disponens interrogatus fuisset. gl. in l. tale pactum. §. fi. ff. de pact. sed si Princeps interrogatus fuisset, an interficiens alios bannitos, qui sint bannitorum capita, & eiusdem qualitatis, prout sunt nominati, & exceptuati, gaudere debeant etiam priuilegio indultus, utique verisimiliter stante identitate rationis, idem disposuisset, igitur iste alius casus habetur pro expresso, & sic ut interficiens nominatim gaudet indultu, ita etiam gaudere debet eodem indultu interficiens non nominatum, dummodo sit bannitorum caput, & sic eiusdem qualitatis, prout sunt nominati & exceptuati, & non mirum, quia propter identitatem rationis non dicitur fieri extensio, sed statutum dicitur loqui. l. his solis. C. de reuoc. donat.

11 Secundo & ultimo aliis missis probatur, Lex seu statutum extenditur de similibus ad similia. l. illud. & ibi glo. C. de sacrosanct. eccl. & similia illa dicuntur in quibus est eadem ratio, vel maior. leg. non solum. §. qui priuilegium. ff. de excusat. tutor. imò tunc non dicitur proprie extensio, sed dicitur hoc inesse de iure. est gl. notab. in c. sæpè. de tempor. ordin. lib. 6. in gl. quod è conuerso tradunt Cyn. & Bald. numer. 4. in d. l. illud. Hæc conclusio 12 procedit etiam quando in lege, seu statuto sunt verba taxatiua, & sumus in casu fauorabili, nam tunc propter identitatem rationis fit extensio de casu ad casum. d. leg. illud. tradit Bart. in l. si constant e. nume. 44. & ibi Doctores communiter. ff. solut. matrimon. & hinc est quod singulariter dixit Bal. in c. cum spiritualis. in 3. colum. de appellat. quod simile in legibus, & statutis habetur pro expresso, & ideo propter similitudinem, & sic propter identitatem rationis fit etiam extensio de persona ad personam in fauorabilibus. Ias. in l. in. eum qui. ff. de in ius vocand. imo etiam in pœnalibus extensio permittitur, dummodo simus in limitatoriis, & pœna non imponatur habito respectu ad priuilegium personæ. gl. in §. pœnales, in verbo, cum id non impetrasset. instit. de action. & Ias. in d. l. in eum. Sed in casu nostro sumus in similibus, & est eadem ratio. cum militet ratio publicæ vtilitatis, igitur prouisio de nominatis extenditur ad non nominatos, & ideo uti interficiens nominatum gaudere debet regio indultu, ita etiam interficiens non nominatum, dumdnmmodo sit similis, & sic bannitorum caput.

Ex prædictis igitur apparet istum inquisitum debere gaudere regio indultu, & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque V. I. D. fuit decisum per præsentationem capiris unius capitis bannitorū debere gaudere regio indultu, & pro præsentis delictis post præsentationem capitis, commissis, fuit relegatus in insulam per decem annos.

SVMMARIVM.

1 *Antiquissima possessio habetur pro titulo in causa iuris patronatus.*
2 *In antiquis sufficit probatio per famam.*
3 *Præsentatus per patronum, & institutus si fuerit in possessione beneficij, ex hoc probatur patronum esse in possessione iuris patronatus.*
4 *Ex unica præsentatione sequuta confirmatione in quasi possessione præsentandi constituitur. amplia numer. 5.*

Consilium XXXVIII.

RECtoria seu simplex beneficium Sancti Aegidii de Ciuitate Retenchæ quod sit de iure patronatus Scipionis, Angeli, Francisci,

sci, Fabij, & Cæsaris de Madonna Terræ Ofenæ, probatur ex testibus, ac etiam ex multiplicatis præsentationibus. Quod testes probent sic verificatur.

Primo per Dominum Franciscum Aquaui uam super primo, & secundo articnlo in fol. 10. qui repertus fuit, ut apparet in fol. 41. à tergo, ubi etiam super quarto articulo bene probat immemorabilitatem, quod semper dictum beneficium fuerit de iure patronatus dictorum Scipionis, & sociorum, ac eorum antecessorum.

Secunno per Ferdinandum Alleuæ super primo, & secundo articulo in fol. vndecimo, qui repetitus fuit, ut apparet in fol. 40. qui etiam examinatus super aliis articulis bene probat.

Tertio per patrem Marinum Iannectæ super primo, & secundo articulo in fo. 12. qui repetitus fuit, ut apparet in fol. 42. à tergo, qui testis similiter probat.

Quod testes isti probent, verificatur hac ratione, ista de Madonna terræ Ofenæ licet non possint probare fundationem, constructionem, & dotationem, cum simus in antiquis, ubi difficile est reperire scripturas, cum illæ uel ex causa incendij, uel ex causa belli, uel ex causa antiquitatis, uel ex alia causa deperditæ sint, tamen probant esse patronos, & ad probandum dictum ius patronatus, vel ad illud præsumendum allegat temporis cursum, & sic antiquissimam possessionem, & famam, quæ probatio sufficit, quia antiquissima possessio habetur pro titulo in causa iuris patronatus. Bal. in terminis, in l. cum super. Cod. de rei venddicat. Barbat. in cons. 41. uolu. primo, & latissime Roecchus de Curte in tractatu de iure patronatus, in verbo, ipse uel is à quo, in 36. q. nume. 84. & in antiquis sufficit probatio per famam, ut firmat Felyn. in cap. veniens. el primo, de testib. in 5. colum. & sic ex probatione famæ, & antiquissimæ possessionis præsumitur titulus dotationis, fundationis, & constructionis.

Sed in casu nostro supradicti testes probant famam, ac etiam antiquissimam possessionem, vt uidere est ex dictis ipsorum, igitur in casu nostro præsumitur titulus dotationis, fundationis, & constructionis, & sic habemus probationem, prout iura uolunt, & prout sacrum concilium Tridentinum disponit in sessione 25. in cap. 9. in verbis illis, qui ex authentico documento, & aliis iure requisitis ostenditur & sic tam per scripturas, quàm per testes probari potest. leg. in exercendis. Cod. de fide instrument.

Quod probetur ex multiplicatis repræsentationibus, probatur.

Primo per bullam præsentatam in fol. 21.

Secundo per bullam præsentatam in folio 22.

Tertio per aliam bullam similiter in processu præsentatam.

Ex istis multiplicatis præsentationibus probatur ius patronatus, ut uerificatur in dicto Concilio Tridentino in d. cap. 9. in antedicta sessione 25.

Et si dubitetur, cum non appareat uigore dictarum bullarum captam possessionem an ipsæ bullæ inferant canonicas multiplicatas, & iuridicas repræsentationes, iuxta concilium Tridentinum, ita ut eis ius patronatus probetur.

Respondeo dupliciter.

Primo probari per testes captam fuisse possessionem uirtute bullarum, hoc enim probant Donnus Franciscus Acqua viua super 2. articulo, in fol. 10. qui repetitus fuit, vt apparet in fol. 41. Frater Marinus super 2. articulo in fol. 12. qui repetitus fuit, vt apparet in fol. 42. à tergo, & Dioreguardus super primo, & secundo articulo in fol. 12. à tergo.

Secundo respondeo, quod sufficit, quod præsentatus per pattonum, & institutus fuerit in possessione beneficii, & habitus pro rectore, vel clerico illius beneficij, nam tunc probatur patronum esse in possessione iuris pattonatus, ita decidit Calderin. in cons. 12. in cap. quæ requirantur, in tit. de iure patronat. & hoc respectu patronorum, respectu uero repræsentati per institutionem transfertur plenum ius in beneficio iuris patronatus absque alia apprehensione possessionis. Abb. in capit. quod autem. extr. de iure patronat. quæ conclusio est uerissima, quando nullus est in possessione beneficii, nam tunc clericus sine apprehensione possessionis habet plenum ius in beneficio, & in ipso beneficio administrare potest. ita tradit Oocchus de Curte in tracta. de iur. pattonat. in verbo. ius nu. 18. in quinto quæsito.

Cum igitur omnes repræsentati dictum beneficium possederint, licet non constet de apprehensione possessionis, sufficit respectu patronorum, & etiam respectu repræsentati.

Apparet igitur ex prædictis, quod istud est beneficium de iure patronatus Scipionis, & sociorum.

Et si dicatur quod ius repræsentandi competit etiam Illustrissimo, & Excellentissimo Duci Atriæ uti hæredi Comitis Sancti Valentini una cum dictis de Ofena, ex quo bis dictus Comes ipsum beneficium cum dictis de Ofena repræsentauit.

Respondeo dupliciter.

Primo quod ius repræsentandi competit solum illis de Ofena, & hoc ea ratione, quia per ultimam repræsentationem, & institutionem ipsi solum sunt in possessione iuris præsentandi, & moueor hac conclusione.

Nam qui ex unica præsentatione sequuta confirmatione in quasi possessione præsentandi constituitur. Federic. in consi. 234. super primo puncto, in 11. dubio, vbi dicit, quod qui ultimo præsentauit dicitur esse in possessione, allegat ca. cum ecclesia de causa possessio.

tradit Dec. in consi. 129. in 3. colum. & in consil. 149. numer. 3. & ideo si ultimus, qui repręsentauit, antea cum alijs repręsentauerit, ipse ultimus solus in possessione repręsentandi est manutenendus, & uirtute illius repręsentationis dicti ultimi est facienda per Episcopum institutio. Dec. in d. consi. 129. & 149. imo si aliquis pluribus uicibus repręsentauerit, & alius ultimo loco fecerit dictam repręsentationē, quod iste ultimus in facti contingentia debet repręsentare, & est in sua possessione manutenendus, & repręsentatus per istum ultimū patronum, qui vltimo loco repræsentauit, debet præferri repræsentato per illum, qui antea pluribus vicibus repræsentauit, ita de mente omnium Doctorum concludit Rocchus de Curte in tractat. de iure patronatus in verbo competens al. cui num 35. in 16 quæstio. Cum igitur in casu nostro isti de ofena ultimo loco soli repręsentauerint, dicuntur esse in possessione iuris repręsentandi, & in ipsa sunt manutenendi. & propterea Reuerendissimus Dominus Fabritius de Maneriis præferri debet, cum per dictos de Ofena repræsentatus fuerit, & consequenter absque difficultate facienda est per Reuerendissimum Episcopum institutio.

Secundo respondeo, quòd Illustrissimus, & Excellentissimus Dominus Dux Atriæ non probat quòd sit hæres comitis Sancti Valentini, & sic non potest prætendere vti hæres in dicto iure patronatus, & ex hac ratione etiam non est expectandum tempus quatuor mensium ad fauorem dicti Illustrissimi Ducis, ac etiam, quia in termino assignato in edicto non computauit, ideò amplius expectari non debet, ut consuluit Rocchus de Curte in dicto tractatu de iure patronatus in uerbo honorificum. num. 2. in secundo quæsito, ac etiā expectare nihil refert, cum iste Dominus Fabritius uti præsentatus ab istis de Ofena præferri debeat, ex quo ipsi per vltimam repræsentationem, & institutionem manutenendi sunt in possessione, prout dixit Decius in d. consi. 149.

Ex supradictis apertissime constat Rectoriam, seu simplex beneficium Sancti Aegidij esse de iure patronatus dictorum de Madonna de Ofena, & ipsos in possessione iuris repræsentandi esse, & in ea fore ad præsens manutenendos, & uirtute vltimæ repræsentationis factæ in dictum Reu. Fabritium fore ipsum Fabritium instituendum. & ita iuris esse censeo, & consulo ego Alexander Trentacinque I.V.D.

SVMMARIVM.

1 *Testes affines in causa criminali pro altero affine testes esse non possunt. amplia nu. 2.*
2 *Iniuria facta uni de consortio dicitur omnibus facta.*
3 *Iniuria illata uni dicitur etiam illata socio itineris.*
4 *Iniuria facta uni de agnatione omnibus facta censetur.*
5 *Minores 20. annorum non probant. amplia, quia nec faciunt inaicium ad torturam, nume. 6. amplia numero 7.*
8 *Proximus pubertati quando dicatur.*
9 *Proximus pubertati non dicitur doli capax.*
10 *Impuberes non admittuntur in testes.*
11 *Lex de minore. ff. de quæstion. non habet locum in non proximis pubertati.*
12 *Testis inimicus non est idoneus testis. amplia nu. 13. & num. 16.*
14 *Idem iudicatur de inimico uero, quod de præsumpto.*
15 *Inimicitia præsumitur etiam de præsenti durare, nisi probetur reconciliatio.*
17 *Regia pragmatica in materia blasphemiæ circa testes quomodo intelligatur, & nu. 18. 19.*

Consilium XXXIX.

VIso processu ad me trāsmisso contra Dominicum Pauli Andreæ inquisitum ad querelam partis de insultu, blasphemia, & aportatione cultelli contra Regiam pragmaticam, sum uoti fore liberandum sub fideiussione de se repręsentando nouis iudiciis super uenientibus. Et moueor ad id dicēdum, quia delicta non sunt optime iuxta dispositionem iuris probata. Testes enim examinati per fiscum ad querelam partis sunt quatuor, uidelicet Catherina Ioannis Antonii, Antonia Andreæ Mici Antonij, Dominicus Sperduti, & Ioannes Petrus Ioannis Andreæ Sperduti, quod isti teste s non probent demonstratur apertissime ex infrascriptis.

Primo Catherina Ioannis Antonii, & Antonia Andreæ Mici Antonii non probant ex duobus, seu tribus potissimum.

Primo, quia Catherina est neptis carnalis Mariolæ querulantis, cum sit filia Magdalenæ sororis carnalis ipsius Mariolæ, vt constat ex testibus examinatis ad instantiam Dominici inquisiti super sexta exceptione. & Antonia est neptis consobrina dictæ Mariolæ querulantis, vt similiter apparet ex testibus producstis per ipsum Dominicum super quinta exceptione, sed testes affines in causa criminali pro altero affine testes esse non possunt. Cor. in consi. 172. nu. 19. uol. 2. Bossius in sua practic. criminali in tit. de oppositio contra testes. nu. 105. Hyppol. de Marsi. in cons. 4. num. 32. & est communis opinio, prout attestatur Iulius Clarus in lib. 5 sententiarum. §. fin. q. 24. in uersic. quero modo. Item testes consanguinei in causa criminali non recipiuntur. Paul. de Cast. in l. fi. uers. sed in causa criminali. C. de prob. Alex. in cons. 5. n. 5. uol. 1. & in cons. 24. nu. 24. uol. 2. Dec. in cons. 133. Pari. in cōsi. 152. n. 10. vol. 4. Gram. in cons. 58. & Hypp. de Marsi. in cōs. 31. & in sing. 59. & præcipuè est uera hæc conclusio, quādo super iniuria facta cōsanguineo examinātur testes cōsāguinei, nā tūc nō probant

Bar.

Bar. in l. lex Cornelia. uer. & per hoc dicimus, ff. de inin. Anton. de Butr. in c. cum oporteat. colum. pen. uerf. fallit in crimine iniuriarum, de accusat. & ibi Abb. & Felyn. & Alexa. Dec. & Paris. in præcitatis locis. Cum igitur in casu nostro dictæ mulieres sint affines seu consan guineæ Mariolæ quærulantis, & deponant in fauorem eius pro iniuria ipsi facta, non est du bium quod non probant.

Secundo non probant, quia dictæ mulieres ibant tempore præsentis insultus cum dicta

2 Mariola earum amita, ex qua causa non probant ex iniuria illis illata ex duplici considera tione, & primo quia iniuria facta uni de consortio, dicitur facta omnibus Bar. in l. cum sci mus. nu. 4. C. de agricol. & censit. libr. 10. item

3 iniuria illata alicui uidetur etiam illata socio itineris. glo. singularis in l. item apud Labeonem. §. tenetur. ff. de iniur. & Grammat. decis. 25. unde cum ipse mulieres erunt sociæ itineris dictæ Mariolæ, ut ipsæ dicunt. clare constat quòd iniuria illata Mariolæ dicitur etiam illata Catherinæ, & Antoniæ, & ideo tanquã

4 deponentibus in causa propria non creditur. Bartholom. Cæpoll. in cons. 32. colum. 4. Secundo quia iniuria facta uni de agnatione omnibus facta censetur. l. lex Cornelia. ff. de iniur. quæ conclusio non solum procedit in agnatis, idest in illis, qui sunt de casata, sed etiam in cognatis & affinibus, cum etiam ipsis iniuria facta censeatur, & ideo non probant, ut tradit Alex. in cons. 24. nu. 19. uol. 2. & ideo dicuntur in causa propria testificari. Gramm. in cons. 45. num. 334.

Tertio non probant, quia dictæ mulieres sunt octo annorum, ut constat ex testibus examinatis ad instantiam Dominici inquisiti super 7. exceptione. Clarum est enim in iure,

5 quod minores uiginti annorum non probant l. in testimonium ff. de testib. Alexan. in cons. 64. uolum. primo, & Rolandus à Valle in con

6 sil. 24. num. 66. volum. 1. & non solum non probant, sed neque etiam faciũt indicium ad torturam. Hyppol. de Marsil. in l. de minore, nu. 41. 42. & 45. ff. de quæst. & Ias. in l. fin. C. de his quib. ut indig. quæ conclusio tanto magis est vera quando adhuc non sunt proximi pubertati. nam in isto casu quicquid uideant ignor.

7 l. 1. C. de falsis monet. et clem. 1. de homicid. proximus pubertati in masculo dicitur ab an

8 no decimo cum dimidio supra, & in fœmina ab anno nono cum dimidio supra. gl. Dec. & Cagnol. in l. pupillum. ff. de reg. iur. glo & Angel. Aret. in § pupillus. instit. de inutil. stipulat. Bar. & Doctores in l. 1. ff. de nouat. & Iason. in authen. sacramenta puberum. colum. 4. C. si aduers. vendit. & in isto casu quando non sunt proximi pubertati non dicuntur doli capaces. Doctores in d. l. pupillum, & glo. in l. 1. in verbo impuberes. Cod. de falsa moneta, & cum quicquid videant ignorent, quomodo possint scire, an cultellus sit vltra mensuram palmi de cannia, ideo cum deponant, quod nesciunt, clare constat quòd fuerunt inductæ ad mentiendum. ipsæ mulieres impuberes non admittuntur in testes. l. 3. §. lege Iulia. ff. de te

10 stib. & ratio est, quia iudicio carent, & ideo non possunt cognoscere, quæ fiant. §. 1. instit. quib. non est permiss. fac. testam.

11 Et hinc est, quòd quando non sunt proximi pubertati non possunt facti puberes testimoniũ perhibere de eo, quod donec impuberes fuerunt viderint. Bart. Bald. Alexa. Paul. de Cast. & Aret. in l. ad testium. §. 1. ff. de testam. Speculat. in tit. de teste. §. 1. nume. 36. uers. sed numquid factus pubes. Felyn. in cap. cum nobis. num. 9. extr. de præscription. Bar. in d. §. lege Iulia. Ioann. à Pla. Fab. Aret. Vigl. Thobias Nonius & alii in §. 1. inst. de testam. & in isto casu, quando non sunt pubertati proximi, cũ quicquid vident ignorent non habet locum

11 dispositio l. de minore. ff. de quæstion. ubi disponitur quod in crimine læsæ maiestatis admittuntur minores quatuordecim annorum. Dominicus Sperduti alius testis per fiscum, examinatus ad quærelam Mariolæ probat ex infrascriptis rationibus.

Prima est, quia est frater consobrinus dictæ Mariolæ quærulantis, vt dicunt testes super octaua exceptione examinati, ex qua causa non probant, tum ratione affinitatis, tum ratione iniuriæ, cum iniuria illata uni ex consanguineis seu affinibus censetur illata omnibus consanguineis, & affinibus, ut supra dixi.

Secunda est, quia inter homines domus Dominici inquisiti, & inter homines domus Domini Sperduti fuit capitalissima inimicitia, ex vtraque enim parte interfecti fuerunt viginti homines in circa, adeo quod propter mortẽ tantorum semper fuit, & ad præsens adest odium, & inimicitia inter prædictos, & alios u-

12 trinsq. domus, vt testes deponunt super 11. exceptione, sed sic est quod inimicus nõ est idoneus testis, & nõ proba. l. 3. ff. de testib. quę cõ clusio procedit ẽt in casib. priuilegiatis, ubi a-

13 liæ inhabiles, & minus idoneæ probationes recipiuntur, vt in crimin. læsæ maiest. Bar. in l. de quæstionibus. ff. ad Iul. maiest. Marsi. in cons. 20. n. 27. Aym. Crau. in cons. 9. nu. 6. Gram. in cons. 45. nu. 18. in cons. 58. nu. 10. & in cons. 64. nu. 7. & Rolan. à Valle in cons. 24. nu. 30. uol. 1. & in crimine hæresis Cardi. Paris. in cons. 2. nu. 61. uol. 4. quod procedit non solum in vero inimico, sed ẽt in præsumpto Ias. in cons. 167. nu. 8. lib. 4. Marsil. in cons. 15. nu. 7. & Gramm.

14 in cons. 45. nu. 17. & 18. & in cons. 58. nu. 9. & 10. ratio est, quia idem iudicatur de inimico uero quod de præsumpto, & maxime in adhibendo testibus fidem. Innoc. in c. cum te, ad fi. de re iudicat. Bald. in leg. præscriptione, si contra ius, uel vtil. public. Salycet. in l. prim. in princ. ff. de testib. & in authent. si dicatur. Cod. de testib. Alexand. in consil. 99. nume. 2. uolum. primo, & in consi. 127. num. 10. uol. 4. Hyppol. de Marsil. in sing. 178. & in l. prim. §. præterea, nu mero 3. ff. de quæstion. Iason. in leg. sororem.

SUMMARIUM.

1 Verba disponentia de obtinente primum locum verè, & non fictè intelligi debent.
2 Nepos subintrat locum patris perfictionem. declara num. 56.
3 Prior in gradu potior est in successione, declara numero.
4 Fideicommissum conditionale non transmittitur, siue aliquis extraneus, siue aliquis ex descendentibus testatoris sit substitutus.
5 In substitutionibus præferuntur à testatore magis dilecti.
6 Filij positi in conditione non dicuntur vocati, nec honorati.
7 Prædilectus in institutione pariter, & in substitutione prædilectus præsumitur.
8 Testator maiorem affectionem habere dicitur ad natos tempore mortis ipsius, quam ad natos, & conceptos post ipsius mortem. declara nu.
9 Filiorum appellatione non veniunt nepotes, quando ne potum fauor resultaret in damnum filiorum.
10 Filiorum appellatione non veniunt nepotes, quoties di spositio verificari potest in persona filiorum.
11 Substitutio pupillaris vnita cum iure accrescendi quod ad hæredes transmittatur, non procedit quando super uiuentes fuerunt substituti.
12 Fideicommissa, in quibus plures sub nomine collectiuo vocantur, in eis attenditur proximitas ex causa successionis respectu hæredis grauati, & non testatoris grauantis. declara nu.
13 Filij succedunt in locum patris in fideicommissis, & numer.
14 Filij in fideicommissis succedunt in locum patris quan do agitur de successione ascendentium, uel patrui, & numer.
15 Voluntas testatoris regulatur secundum dispositionem iuris communis loquentis ab intestato.
16 Filius subintrat in locum patris prædefuncti, & cum patruo concurrit, quoties agitur de successione ascendentis, vel patrui de iure communi.
17 Fideicommissum conditionale, si fideicommissarius pen dente conditione moriatur, ex coniecturata testatoris voluntate ad hæredes transmittitur.
18 Fideicommissum conditionale, quando filii positi in con ditione sunt, ad hæredes transmittitur, quod procedit etiam quando testator superstites, seu superuiuentes substituisset, & nu.
19 Testator faciens plures gradus substitutionum, censetur substitutum cum conditione si sine filijs decesserit, grauasse ad filium suum transmittere.
20 Fideicommissum conditionale agnationis conseruandæ causa factum, ad hæredes transmittitur. & numero,
21 Ius accrescendi, quando est fideicommissarie substitutum iniunctum, facit illam substitutionem, seu natura non transmissibilem, esse transmissibilem.
22 Substitutio vnita cum iure accrescendi illius naturam assumit.
23 Prohibitio testatoris de non alienando, arguit nepotes, & cæteros descendentes voluisse ipsa bona prohibita consequi, & nu.
24 Fideicommissum transmittitur ad nepotes, quando bona perpetuò in familia permanere debeut, & numer.
25 Filij in conditione positi, & grauati in testamento à testatore censentur positi in dispositione.
26 Fideicommissum conditionale ad hæredes transmittitur, si post mortem institutorum, & substitutorum, vltimo loco substitutus esset aliquis, & eius filij, & filiorum filii.
27 Filij positi in conditione, in dispositione positi censentur, quando sub eadem liberorum conditione ad plures gradus substitutionum digressus est.
28 Nepotes appellatione filiorum veniunt in fideicommissis. & num.
29 Nepotes veniunt appellatione filiorum in dispositione collata in aliquem futurum euentum, ubi poterat dubitari an filij primi gradus extituri essent, uel alij vlterioris gradus.
30 Fideicommissum fauore agnationis conseruandæ factũ est fauorabile.
31 Fideicommissum reciprocum non dicitur onus contiuere.
32 Minor non dicitur læsus quando fideicommissum reciprocum tollitur.
33 Nepotes veniunt appellatione filiorum in materia fauorabili, & in casibus, etiam in quibus masculinum concipit fœmininum, & nu.
34 Masculinum concipit fœminiuum in ultima uoluntate, etiam ubi tractatur de grauando hæredem.
35 Filius quando agitur de dispositione hominis intrat in locum patris, quando tractatur de fideicommisso, & de successione ascendentis.
36 Verbum filij quando profertur in plurali numero, non restringendo ad certas personas, sed conferendo in genere in futurum euentum, & agitur de commodo nepotum, & in eis uiget eadem ratio, nec sequitur absurditas, & præcipue quando agitur ad augendum, et continuandum gradus substitutionis, tunc appellatione filiorum veniunt nepotes.
37 Filij in fideicommissis succedunt in locum patris, quando substituti essent superstites, seu superuiuentes.
38 Filij subintrant in locum patris quando non ageretur de excludendo aliquem à successione, sed tantum quod nepotes concurrerent cum patruo.
39 In dubio propter anfractum opinionum adhærendum est opinioni, quæ fauet nepotibus.
40 In dubio pro possessore iudicandum est.
41 Nepotes censentur uocati etiam appellatione filiorum in fideicommisso in futurum euentum prolato, & ab ascendente facto.

Consilium XL.

Casus propositus est infrascriptus.

Magnificus quondam Carolus Riuiera suum vltimum condidit testamẽtum in quo ultra institutiones hæredum uniuersalium fecit quoddam particulare fideicommissum hisce propriis formalibus uerbis for-

matum, ut apparet ex testamento quod transmittitur.

Item lassa vsufructuarii della Valle di Gignano de tutte vigne, & terre, & orto, e case, che esso testatore haue al presente, & che hauesse per l'aduenire per insino alla morte sua quello si troua alla morte di esso testatore in detta valle de Gignano, come hà detto di sopra, & lassa, e vole siano vsufructuarii per la terza parte di tutto, come hà detto di sopra, terre vigne, orto, & case, li figliuoli di Martino, & per la terza parte li figliuoli maschi di Piero, & per la terza parte li figliuoli maschi di Mutio, & che morendo che Iddio lo cessi, vno di essi figliuoli di Martino senza figliuoli maschi, e naturali, e legitimi del corpo suo mora all'altro figliuolo di Martino la terza parte, & similmente hauendo più figliuoli maschi Piero, tutti quelli che saranno figliuoli maschi di Piero, sieno vsufructuarii della terza parte di dette possessioni della detta valle, & hauendo più figliuoli maschi ditto Piero, tutti quelli, che saranno figliuoli maschi di Piero, se ne morisse alcuno de essi senza herede legitimo del corpo loro, morano l'uno à l'altro, & se caso, Dio lo cessi. Detti figliuoli maschi di Piero morissero senza figliuoli maschi, in questo caso morano l'vno à l'altro di quelli che saranno uiui delli figliuoli maschi, & similmente li figliuoli maschi di Mutio sieno vsufruttuarij della terza parte della valle, & morendo alcuno di detti figliuoli maschi di Mutio senza herede legitimo del corpo suo, in questo caso mora l'vno à l'altro di detti figliuoli di Mutio. Che Dio lo cessi, mosendo tutti li figliuoli maschi di Mutio, morano à quelli, che restaranno uiui pro æquali portione alli figliuoli di Martino, & alli figliuoli maschi di Pietro, & cosi dice dell vno, come de gli altri, & fin che sono uiui Mutio, & Piero, & li figliuoli di Martino, ne sieno vsufructuarii per la terza parte per uno, come ha detto di sopra, & uole, & lascia, che la valle, cioè vigne, terre, orto, & case, non si possano mai vendere, ne impegnare la proprietà, ne tampoco la possano dar per dotte alle figliuole femine eccetto de, frutto, & uole che deta ualle si richiami la ualle di Gio. Carlo Riuiera, & caso che Iddio lo cessi, venissero à mancare la linea delli figliuoli maschi di Piero, Mutio, figliuoli di esso testaore, & delli figliuoli di Martino in detto caso trouandosi figliuoli maschi di Gio. Battista figliuolo di esso testatore, ò vero figliuoli delli figliuoli maschi di detto Gio. Battista legitimi, e naturali del corpo loro, in detto caso succedano usufuttuarij di detta valle quelli, che si trouerano maschi, & come hà detto di sopra, non uole che mai di niun tempo alcuno di essi, ne insieme possano, ne debbano uedere la proprietà di dette vigne, terre, ne case, ne orto di detta ualle & caso che uno di essi ne uendesse la parte sua in questo caso ricaschi alli doi altri, & caso che se accordassero tutti tre à vendere le parti sopradette di detta ualle restino vsufruttuarij li figliuoli di Gio. Battista suo figliuolo. & caso che si accordassero di vendere li sopradetti Piero, Mutio, & li figlioli di Martino, & li figlioli di Gio. Battista, in questo caso restino vsufruttuarij li orfani del corpo di Nostro Signor Giesu Christo, talche non vole si possa ne uendere, ne impegnare la proprietà di detta valle, ma bisognando ad alcuno di essi, si possano impegnare, & affittare l'entrata per tre anni delle parti loro, & ognuno la parte sua.

Ad nonnullos annos post conditum dictũ testamentum decessit dictus Ioannes Carolus, post cuius obitum fuit mortuus Petrus antedictus, relictis nonnullis filiabus, & vno tantum filio masculo legitimo, & naturali ex eius corpore legitime descendente, nomine Ioanne Carolo, demum ex hac vita migrauit Ioannes Hieronimus vnus ex filiis Martini, cui pro parte dicta uallis relicta fuit, relictis Bartholomeo, Troiano, Francisco eius filijs legitimis & naturalibus, & ex eius corpore legitime descendentibus, & suis ex testamento hæredibus, post cuius mortem uitam cum morte commutauit Ioannes Carolus vnicus filius Petri sine filijs ob cuius obitum effectus fuit casus antedicti fideicommissi particularis. Ideò sorores dicti Ioannis Caroli, partem, quam earum pater habebat in dicta ualle restituerunt filio Mutii, Ioanni Loysio filio Martini, & Troiano Bartholomeo, & Francisco filiis Ioannis Hieronimi, qui similiter filius Martini erat, ut apparet ea contractu, rogato manu Egregij Notarij Ioannis Marini Versucæ, qui similiter transmittitur, & post dictam restitutionem unanimiter omnes sine aliqua contradictione acceperunt possessionem partis dictæ uallis, & fructus ex ea communiter in pace perceperunt terrasque aratorias communiter locauerunt, ut apparet ex contractu, qui etiam transmittitur, demum post euentum casus antedicti fideicommissi, post restitutionem factam, post ceptam possessionem, post fructuum perceptionem locationemque terrarum aratoriarum Ioannes Loysius insurrexit contra dictos Bartholomæum, Troianum, & Franciscum filios, & hæredes supradicti quondam Ioannis Hieronimi filij Martini, prætendens in dicta valle non debere ipsos consequi partem uigore antedicti fideicommissi, dicens ob mortem eorum patris antequam casus fideicommissi eueniret, fuisse effectum caducum, & quod ius dicti fideicommissi conditionalis non fuit ad ipsos per eorum patrem trãsmissum. Dicti verò filii in pupillari ætate existente è contra dicunt, quod cum agatur de successione in isto fideicommisso Ioannis Caroli proaui, ipsi succedunt in locum patris, & una cũ eorum patruo Ioanne Loysio in dicto fideicommisso succedere debent, & quod eorum pater

pater ad ipsos ius dicti fideicommissi particularis transmisit, tum quia unitum fuit cum iure accrescendi, tum quia factum fuit ratione agnationis conseruandæ, tum quia ipsi fuerunt in conditione positi, & propterea in casu isto vocati, & quod in dicta parte Vallis, postquam euenit casus fideicommissi per restitutionem eis factam, per capturam possessionis per perceptionem fructuum, per locationem factam de horis aratoriis cum cõsensu, & uoluntate Ioannis Loysij, ius acquisiuerunt, & per prædicta Ioannes Loysius uiri dicti fideicommissi renuntiasse censetur ad præsens dubitatur quid iuris.

In præsenti casu proposito uidebatur prima facie cõcludendum Ioannem Aloysium debere in parte Vallis Gignani, uirtute fideicommissi succedere exclusis dictis Troiano, Bartholomeo, & Francisco filiis, & hæredibus Hieronimi fratris vtcunque coniunctis ipsius Ioannis Loysii & filii Martini, qui erat filius legitimus, & naturalis Ioannis Caroli testatoris, & prædictorum aui, & hoc ex pluribus.

Primo nam regula, quæ uult, quod nepos subintret in locum patris. §. cum filius in lib. de hæred: quæ ab intest. & quod eum repræsentet Bald. in l. prima. C. de secund. nupt. procedit quando succeditur titulo hæreditario, & sic ex dispositione legis, secus quando ex titulo fideicommissi, & sic ex dispositione hominis. ita tenent Bald. Cuman. Flor. Ange. de perig. in l. cum in §. in fideicommisso. de leg. 2. Ang. in d. §. cum filius Alexan. in cons. 203. colum. 3. volum. 2. consi. 4. uol. 4. col. 4. & consil. 129. colum. fin. volum. 5. Cuma. cons. 106. colum. fin. Capra cons. 5 col. fin. Corne. cons. 183. uolum. 2. & cons. 131. col. 2. uolu. 3. Dec. consi. 1. ubi attestatur hanc esse magis communem. cons. 299. col. 3. cons. 408. colum. fin. ubi etiam asserit hanc partem cõ muniter approbatam. & in supra ita fuisse iudicatum Romæ cons. 412. 4. 8. & 480. ubi similiter attestatur hanc esse communem opinionem, & in l. si auiæ col. 2. C. de success. edict. vbi iterum dicit ita Romæ iudicatum fuisse Cardi. Pari. cons. 18. num. 8. cons. 37. colum. antepen. ubi etiam ipse dicit hanc esse communem doctorum sententiam uol. 2. cons. 40. num. 57. cons. 64. colum. 5. eod. uolu. 2. & cons. 21. colum. 3. volum. 3. Ias. cons. 4. colum. 2. uolum. primo. Gozadin. cons. 29. colum. 4. Ruin. consil. 25. cons. 162. uol. 1. cons. 134. cons. 169. uolu. 2. & cons. 127. uolu 3. & Rube. Alexandrin. consi. 36. col. fin. sed nos loquimur in materia fideicommissi, & sic in dispositione hominis ergo dicti Troianus, Bartholomeus, & Franciscus in casu nostro non subintrant in locum patris & ipsum non repræsentant, quæ conclusio cõfirmatur dupliciter.

Et primo Nam uerba disponentia de obtinente primum locum debent intelligi uere, & non ficte l. 3. §. hæc verba de neg. gest. l. ex ea parte. §. in insulam. ff. de uerb. oblig. sed nepos subintrat in locum patris perfictionem Bald. in l. tutela. §. si duo. ff. de leg. tut. & in ca. 1. in fin. in titul. Imper. Tothar. Eugen. pap. ergo cum in isto fideicommisso testator loquatur de obtinentibus primum locum non habent locum in nepotibus, qui ficte, & non vere primum obtinent locum.

Secundo nam prior in gradu, potior est in successione. § si plures. §. proximus institut. de legit. agnat. success. §. fin. cum glo. de fetu. cognat. l. 2. §. hæreditatis, & §. seq. de suis & legitim. hæred. auth. cessante. C. de legit. hæred. sed dictus Ioannes Loysius est proximior Ioãni Carolo testatori, cum uti nepos in tertio gradu, & dicti filii Ioannis Hieronimi inquarto gradu existant. leg. iurisconsultus. §. 2. & 3. ff. de grad. §. 2. cum sequent. institut. eod. titu. ergo ipse Ioannes Loysius præferri debet.

Secundo principaliter, quod Ioannes Loysius tantum succedere debeat probatum alia ratione. nam antedictum fideicommissũ conditionale est, ergo per ipsum Ioannem Hieronimum non potuit transmitti ad eius filios, & ratio est.

Quia fideicommissum conditionale non solum non transmittitur, quando substitutus est filiis, seu nepotibus aliquis extraneus, sed etiam si substitutus sit aliquis de descendentibus testatoris. Nam quod dicta conclusio locum habeat quãdo extraneus est substitutus tenent Docto. communiter in l. hæredes mei §. cum ita. ff. ad Trebellian. & in leg. unic. §. cum igitur, per illum textum. Cod. de caduc. tollend.

Quod etiam locum habeat quando aliquis de descendentibus est substitutus tenent Doctores tam in legendo, quam in consulendo, nam ita tenent glo. in fin. Cin. in fin. Bart. num. 4. Bald. num. 10. Salicet. nume. 8. & Alber. nume. 4 in l. unica. §. sin autem aliquis. C. de caduc. tolle. Cin in l. 1. in 2. opp. C. com. de leg. Bald. in l. si pater. nu. 19. C de instit. & substit. Cyn. per tot. Bald. numer. 3. Salycet. in fine. & Alber. in l. in personam. C. de fideicomm. Bart. num. 8. ante finem. Ripa nu. 36. Iacob. de Nigr. num. 62. & Crot num. 37. in l. 1. de leg. 1. Bald. in fine. Alex. nu. 4. Imol. in fine. & Aret. colum. 2. in l cum ex filio. de vulgar. & pup. subst. Bart. num 1. Angel. numer. 2. & 3. & Alber. num. 2. & 3. in l. is cui de act. & obligat. gloss. Barto. num. 2. & in fine. Paul. de Castr. numer. 3. in princip. Alexand. numer. 6. Socin. sen. num. 9. uers. igitur. Rip. num. 60. ante finem. & Socin. iun. num. 37. & 47. in l. hærede mei. §. cum ita. ff. ad Trebellia. & consulendo hanc tandem opinionem tenent Bald. in cons. 216 num. 2. cons. 254. nume. 2 uolum. primo. cons. 9. num. 1. uol. 2. cons. 319. nu. 6. uolum. 4. cons. 115. num. 1. & cons. 266. nume. 3. volum. 5. Fulgos. cons. 15. nu. 1. & 3. Roman. cons. 17. in princ. consi. 162. numer. 1, & consi. 185. num. 9. Oldra. cons. 131. uers. ad primum.

Aret.

Aret.conſ.1.num.5. Alexand.conſ.30.nume. 3.uol.2.conſ.165.num.4.uolu.5.conſ.206.nu. 2.conſ.252.& conſ.250.uolum 6.conſ 62.nu. 2.uolum.7.Corne.conſ.148.nume.1.uolum. primo.Socin.conſ.197.colum.1.uolu.2.conſ. 6.num.11.conſ.104.numer.8.uolum. 3.conſ. 94.num.15.conſ.74.num.1.& conſ.77.nume. 3.uolum.4.Dec.conſ.55.numer.8.conſ.397. num.2.& conſ.594.nume.7.Socin.iun.conſ. 117.num.18 uolum.primo,& conſ.141.num. 1.uolum.2.Curt.iun.conſ.16.conſ.69.num.1. & conſ.95.nu.6.& 9.Paris.conſ.18.uolu.2.Aymon.Crauett.conſ.306.nu.3.Caſſan.conſ.62. colum.2.uerſ.item imo.& conſ.65.colum. 2. uerſ.facit quod habetur.Ioan.Anto. Alexan. conſ.8.120.& 143.Curt.ſen. conſ. 64. numer. 59.& conſ.76.colum.2.Iaſ.conſ.80. uolum.1. Grat.conſ.101.colum.prima,in princip.nolu. 2.Bero.conſ.94.uolu. 2. & Marcus Antonius Natta conſ.551.num.17.& ſeq.uolum.2.Hanc eandem opinionem iudicando ſequuti ſunt. Guid.Pap.deciſ.232.num.3. Boer. deciſ.354. numer.13.& Marc. deciſ.78.numer.8. & hæc eſt communis & recepta ſcribentium ſenten tia,quæ concluſio probatur in d. leg.hæredes mei. §.cum ita.ff.ad Trebellia.& in d.l.unica. §.ſi quid autem ſub conditione. Cod.de caduc.tollend.

Tertio principaliter in fauorem dicti Ioannis Loyſii facit hoc fundamentum.In ſubſtitutionibus præferuntur à teſtatore magis dilecti.Paul.de Caſtr.Alexan.Aret.in 3.not.in l. cohæredi. §. qui diſcretas per hunc text.ff. de uulg.& pupill.Bart.in l. Lucius. & in l.fin. ubi eum.Docto.communiter ſequuntur. ff. ad Trebell. Imol.in d.leg.cohæredi.§.qui patrem.in 3.not.Paul. de Caſtr.& Iaſ.in l.fin. C. de uerbor.ſignificat.Iaſ.& cæteri in leg.qui liberis.§ hæc uerba.de uulgar.& pupill. Doct. in l.gallus §.quidam recte. de liber. & poſthum.& Soc.in conſ.49 uolum. primo.ſed in caſu noſtro Ioannes Loyſius à teſtatore magis fuit dilectus, quam dicti Bartholomeus Troianus, & Franciſcus filii Ioannis Hieronimi ergo ipſe Ioannes Loyſius præferri debet, quod fuerit magis dilectus probatur ex duobus.

Primò Ioannes Loyſius fuit hæres inſtitutus, dicti vero filii Ioannis Hieronimi fuerunt in conditione poſiti, & ideo non dicuntur vocati,& honorati. Doctores communiter in l.centurio.ff.de vulg.& pupill.Alexand. conſ.55.volum.4.conſ.201.uol.7.Socin.conſ. 218.uolu.2.& conſ 104.uolu.3.ut igitur Ioannes Loyſius in inſtitutione fuit prædilectus. ita pariter,& in ſubſtitutione prædilectus præſumitur Bar.& cæteri in l. fin. ff.ad Trebellia. Dec.conſ.465.col.1.conſ.514 colu. 1.& Curt. iun.conſil.70.uolum.primo.& conſil. 91. colum.prima.

Secundo nam dicti filij Ioannis Hieronimi, tempore mortis teſtatoris non erant nati,neque concepti,ergo apparet, quod teſtator meiorem habiit affectionem Ioanni Loyſio,quam iſtis abnepotibus,neque natis, neq. conceptis, Bald.in l. Luciuſ.ff.de hæred.inſtit. & in l qui filiabus cum ibi notatis.de leg. primo. Alexand. conſil. 52. numer.6.uolum.4. Curt.iun. conſil. 58. in fin. & Rubeus conſilio 82.

Quarto probatur hæc opinio hac ratione. Appellatione filiorum non veniunt nepotes, quando nepotum fauor reſultaret in damnum filiorum. Dec. conſil.95.colum. 4. in princ.

Item appellatione filiorum non ueniunt nepotes,quoties diſpoſitio poteſt verificari in perſona filiorum .Bartol.in l.liberorum.colu. pen.de verbo.ſignificat.Alex.conſ.91. & conſil.105.libr.1.Gozadin.conſ.36.Pariſ.conſ.80. num.25.& conſ.ſeq.nu.22.uolum.2.& conſ. 20.colum.pen.uolum.3.Imol.Alexan.Socin. & Iaſ.in l.gallus.§.inſtiuens.de liber.& poſth. ſed in dicto fideicommiſſo per teſtatorem uocati ſunt filij Martini,& ſi nepotes Martini appellatione filiorum uenirent reſultaret in dānum Ioannis Loyſij filij Martini, & diſpoſitio filiorum Martini uerificari poteſt in perſona Ioannis Loyſij,ergo ſub dicta appellatione filiorum non veniunt dicti Troianus,Bartholomæus,& Franciſcus filij Ioānis Hieronimi, & Martini nepotes.

Confirmatur hoc fundamentum ex verbis ipſius teſtatoris,dum dicit.morendo tutti gli figliuoli maſchi di Mutio,morano à quelli che ſtaranno uiui pro æquali portione alli figliuoli di Martino, & alli figliuoli maſchi di Piero & coſi dice dell'uno come de gli altri. Ecce quod teſtator uult quod filii pro parte moriātur illis ex filiis Martini, qui erant viui tempore,quo caſus euenit,& ſic quod ſuperſtitibus filiis Martini pro parte moriantur, nam uidetur apparere de manifeſtiſſima teſtatoris uoluntate,cum per dicta uerba demonſtretur limitata eius diſpoſitio pro quo facit dictum Bal.in l.quidam eulogio.col.fin. C.de iure de lib.ubi dicit,quod l.qui patri.de acquiren. hæredit.qua diſpoſitio,quod pupillaris ſubſtitutio unita cum iure accreſcendi tranſmittatur ad hæredes,non procedit, quando ſubſtitutionis uerba erunt formata per teſtatorem hoc modo,& ſuperuiuentem ſubſtituo.nam non habet locum d.l.qui patri,quia iſta uerba tacitam habent conditionem ſi ſuperuixerit, unde qui ſuperuiuit eſt ſubſtitutus,& nō eſt ſubſtitutus, qui non ſuperuiuit, & ſic non tranſmittit, facit ad hoc l.ſi pater filium. de uulga. & pupill.ſubſtit.& Bal.ſequuntur Romanus. & Alexand. in d.l.qui patri,nam incluſio ſuperſtitis excludit alios, qui non ſunt ſuperſtitis.argum l.cum prætor.in princ.iudic.& cap. non ne.extr.de præſump.& facit ad hoc, quia ſi teſtator uoluiſſet tale fideicommiſſum tranſmitti ad filios dicti Ioannis Hieronimi, utique iſtud expreſſiſſet,ſicut expreſſit de ipſo Ioanne Hieronimo, & non exprimendo

da-

datur intelligi uoluntatis suæ fuisse isto casu fideicommissum cessare argu. l. 1. §. sin autem. C. de cadu. tollen.

Quinto, & ultimo, aliis omissis, probatur hac ratione, in fideicommissis, licet testatori succedatur, tamen in eo quando sub nomine collectiuo plures uocantur tunc in succedendo attendi debet proximior in gradu illi, qui habet fideicommissum restituere, & non proximior primo testatori, ita tenet Socin. in l. si cognatis nume. 40. de reb. dub. & cons. 86. sub num. 11. in uers. aliquando, & quarto. uolum. 3. cons. 249. sub num. 20. in uers. circa secundã difficultatem, ubi latissimè loquitur uolum. 2. & cons. 73. num. 14. uolum. 4. quem sequuti sunt Corne. cons. 96. uolum. 1. cons. 22. uolu. 2. & cons. 210. colum. 2. uers. & licet ipse sint in pari gradu, uolum. 3. Ias. cons. 84. in 2. colum. vers. item, quando d. consuetudo uolu. 1. Bertrand. cons. 300. supposito titulo, in 3. colum. uers. & primo ad primum, & in seq. colum. us que ad petit. Ad secundum dico uol. 3. Curt. iun. cons. 135. Marian. Socin. cons. 126. numer. 21. ubi latissimè loquitur, & ibi nu. 56. asserit hanc opinionem in puncto iuris ueriorem, eamque esse comunem omnium Doctorum & nefas esse ab ea in iudicando recedere Gozad. in cons. 4. colum. pen. in princ. ubi attestatur hanc esse communem opinionem Rub. Alexandr. cons. 36. col. 2. & cons. 38. colum. fi. Crot. cons. 39. in fine inter consilia Rubei Alexandrini. Iulius Clarus libr. 3. sententiarum §. testamentum q. 76. in 6. reg. uers. sed hic occurrit, & Rolan. a Valle in cons. 100. num. 18. uol. primo ubi alios doctores allegat. sed in casu nostro in hoc fideicommisso particulari vocantur plures sub nomine collectiuo, ut apparet ex uerbis testamenti, ergo respectu successionis attenditur proximitas respectu illius, qui habet fideicommissum restituere, & sic Ioannes Caroli iunioris, & non respectu testatoris, & sic Ioannis Caroli iunioris, sed respectu Ioannis Caroli iunioris, proximior est Ioãnès Loysius filius Ioannis Hieronimi, cum Ioannes Loysius sit in tertio gradu, filij uero Ioannis Hieronimi sint in quarto gradu. l. iurisconsultus. §. secundo & tertio. de gradib. ergo Ioannes Loysius in hoc fideicommisso præferri debet filiis Ioannis Hieronimi.

Verum antedictis in contrarium adductis non obstantibus in oppositum se habet ueritas. & in dicto particulari fideicommisso una cum Ioanne Loysio succedere debent eius nepotes, uidelicet Troianus Bartholomæus, & Franciscus filij & hæredes Ioannis Hieronimi, qui erat similiter filius Martini, quod patet esse uerum ex pluribus.

Et primò, quia in fideicommisso filii succedunt loco patris, ita ut cum patruo concurrant quam uerissimam opinionem tenet glo. in l. cum ita. §. in fideicommisso. de leg. 2. & eam ibi sequuntur Imol. circa fin. Angel. de perig. & Iacob. de Put. istam eandem opinionem sequuti sunt Bald. in consi. 488. uolum. 2. Socin. cons. 252. uolum. 2. uers. ad secundam rationem principaliter respondetur Aret. cõsil. 163. colum. fin. Socin. consi. 51. sub numer. 19. uolum. 4. Cassan. de consuetud. fol. 275. colum. 1. & seq. Aym. Crauett. cons. 67. sub numer. 5. Bertrand. cons. 256. colum. fin. uolum. 3. Corn. in l. fin. circa fin. C. de uerbor. signific. & cons. 131. uolum. 3. & est communis opinio, prout asserunt & eam sequuntur Alexa. consi. 86. uolum. 1. Gualdens. caut. 27. de substit. & Ruin. cons. 12. num. 14. & cons. 13. in ultim. colum. vol. 1.

Imò hæc opinio est magis communis magis communiter approbatur, & cum ea magis communiter transeunt Doctores, præcisè ita referunt, & sequuntur Alexand. consil. 26. uolum. 3. Gozad. cons. 4. num. 16. & sub nu. 31. uers. ad sextum, & septimum dico, ubi etiã dicit Decium cons. 1. contrarium asserẽtem male loqui Ruin. in consil. 78. sub num. 21. in fin. & cons. 171. uolum. 2. & eleganter Maria. Socio. cons. 16. numer. 6. uolum. 2. & apertissimè in consilio 146. & per tot. præcipuè num. 17. volum. 2.

Et hæc opinio est uerissima, quando agitur de fideicommisso aui, uel patrui, et agitur de successione ascendentium, seu de successione fratris, uel sororis, in quibus casibus filii ab intestato subintrant in locum patris. Nam in hoc casu, si ueritatem amamus, etiam in fideicommissis filius succedit in locum patris, et cum patruo concurrit, prout est in casu nostro cum agatur de fideicommisso proaui, et sic ascendentis, quam opinionem tenet Dec. consil. 1. et cons. 217. Curt. iun. cons. 57. et 58. & in cons. 128. numer. 11. & in consil. 161. ubi hanc esse magis communem resolutionem affirmat Cardin. Paris. cons. 36. sub nu. 1. et 2. uolum. 2. Ruin. cons. 167. num. 18. lib. 2. & Ias. consil. 159. uolum. 4. et cum hæc sit communis, imo magis communis opinio, ab ista non est recedendum in iudicando. Ioan. Andr. et plenissimè alii in c. 1. de constit. & in ca. nouimus de uerb. significat. et notatur. in l. 1. ff. de offic. quæstor. imo cum sit opinio glos. ab ea in iudicando, et consulendo non est recedendum Iacob. Butrigar. in l. 1. C. qui pro sua iurisdict. Bald. in l. fin. §. necessitate. C. de bonis quæ liber. & in l. precibus. C. de impub. et al. substit. Auctoritas enim glos. omnes alias antecellit Bart. in l. ex hoc iure. in ultim. col. ff. de iust. & iure. & Bald in l. cum hæreditas. C. deposit. & ideo à sententia gloss. æquis in iudicando seuere non recedit Angel. cons. 178. et cons. 297. & in decisiuis ab opinione glossæ non est discedendum Vbert. Zuccard. in rub. C. de pact. nume. 14. & 15. & sic hæc opinio est communis magis, communis, & magis communiter approbatur à doctoribus propterea doctores, qui dixerunt hanc opinionem communiter reprobatam esse, pessimè loquuti fuerunt, prout dicit ex Marcus Antonius Nat

ta

ta in addit.ad conſ. Alex.in conſ. 26. in littera F.libr.3.& hæc opinio, uti communis,et magis communis in iudicando eſt ſequenda, prout aſſerunt Ioannes Cæpha.conſ.16 uolu. primo & conſ.283.volu.2.& Roland. a Valle conſ.68.vol.1.

Et ratio eſt quia uoluntas teſtatoris regulatur ſecundum diſpoſitionem iuris communis,loquentis ab inteſtato. Bart. Angel. Raph. Comenſ.& communiter Doctores in l.hæredes mei. §.cum ita ad Trebell.Bart.in l.hæredibus.§ 1.eod.tit.Imol.in l.fin.ff.de condit.& demonſtr.Petr.de Ancharan.conſ.119. incip. pro clariori intelligentia deciſione dubij, de quo ſupra in themate circa fi. Salicet. in auth. item hæreditas,ad fin.C.de bonis, quæ liber. & hæc eſt communis opinio, prout ita dicit Curt.iunior.conſ.57.& 58. ſed de iure communi ab inteſtato, vbi agitur de ſucceſſione aſcendentis, vel patrui,filius in locum patris prædefuncti ſubintrat,& cum patruo concurrit,§.cum filius,inſtit.de hæredi. ab inteſta.auth.ceſſante,& auth. poſt fratres.C. de legit. hæred.§.ſi igitur defunctus. in auth. de hære. ab inteſt.venient & in auth.ut fratrum filij in princ.& in caſu noſtro agitur de ſucceſſione Ioannis Caroli teſtatoris, & ſic aſcendentis, cum per fideicommiſſum teſtatori ſuccedatur.l.cohæredi,§.cum filiæ. de uulg.& pupill. in quo caſu filii Ioannis Hieronimi ab inteſta to cum patruo ſuccederent, ergo in caſu noſtro in iſto fideicommiſſo, dicti Troianus Bortholomæus & Franciſcus in locum patris prædefuncti ſubintrant, & cum patruo concurrunt.

Secundo hanc opinionem ueriſſimam eſſe probamus hoc alia ratione licet fideicommiſſum conditionale non tranſmittatur ad hæredes,quando fideicommiſſarius pendente conditione moritur, tamen hæc concluſio non procedit,quando ex coniecturis conſtaret de voluntate teſtatoris, quod etiam pendente conditione uoluerit legatum uel aliam conditionalem diſpoſitionem ad hæredes tranſmitti, ita declarat Bald.in l.vnica.C.de his qui ante aper.tab. Doct.in l.1.de legat. primo. Curt. ſen.conſ.76.Iaſ.conſ.233.uol.2.conſ.52. uol.3. & conſ.154.uolum.4.Curt.iun.conſ.16. Dec. conſ.397.conſ.594.& conſ.369.Socin.ſen.conſil.6.lib.3.Socin.iun.conſ.141.uol.2. Grat.conſil.101.uolum. Pariſ.conſ.50.51.& 66.uolu.3. Ruin.conſ.28. 95. 145.179.& 201.uolum.2. Aymon.Crauett.conſ.69.& Burſat. conſilio 71.nu.7.uol.primo.

Sed in caſu noſtro ultra apertiſſima uerba appoſita in teſtamento, vt inferius dicemus, conſtat de coniecturata mente teſtatoris. ergo iſtud fideicommiſſum ad ſuos filios Ioannes Hieronimus tranſmiſit, & ſic eſt iſtud fideicommiſſum conditionale ad hæredes tranſmiſſibile quod autem conſtet ex coniecturis, probatur ex pluribus.

Et prima coniectura eſt. Nam quando filii ſubſtitut i poſiti ſunt in conditione, tunc cum teſtator uideatur ad dictos filios affectionem habuiſſe, fideicommiſſum etiam decedente ſubſtituto,ante eum cui facta eſt ſubſtitutio, ad eius filios tranſmittitur, & hæc eſt communis concluſio,quam tenent. Bald. in l.unica,num.10.C.de his qui ante aper. tab. Aym. In l.cum filiofamilias.num.334.de leg.1. Fulgoſ.conſ.15.Petr.de Ancha.conſ.74.Cuman. conſ.13.Socin.conſ.6.num.11.& conſ.104.nume.9.volum.3. Iaſ.conſ.52.uol.3.& conſ.154. volum.4.Dec.conſ.594.nume.7.& conſ.397. num.6.& conſ.515.nume.1.Maria.Socin. iun. conſ.141.numer. 24.uolum.2.Ruin.conſ.145. uol.2.Cardi.paris. conſ.91.num.44.& ſeq. uolum.2.& conſi.8.num.15.& conſ 5.uolum.3. Curt.iun.conſ.16.nume.6.Curt.ſen.conſi. 76. colum.penu. Aymo.Crauet.conſ.69. num.3. & Grat. conſ. 102. uolum. 3. quæ concluſio probatur per l.Lucius in fine. ff. de hæred.inſtituend.

Et hæc concluſio procedit etiam, quando per teſtatorem dictum fuiſſet ſuperuiuentes, ſeu ſuperſtites ſubſtituo. ita in ſpecie concludunt Cuman.conſil.13.Fulgoſ.conſ.15. Dec. conſ.369 num.1.Socin.in l.hæredes mei.§.cũ ita,ſub nume.10.uerſ.ex cuius dicto infero illud declarando.ff.ad Trebell. Aymo in dict.l. cum filiofamilias.num.352. vbi copioſiſſime loquitur,& omnibus in contrarium adductis reſpondet Pariſ.conſi.50.per tot.& præcipue num.35.uol.3.Ioann.Cæphal.in terminis conſil.114.volum.primo.Pariſ.conſ.5.numer. 34. volum.3.Ruin. conſ.230.uol.3.& Sfortia Oddus Iuriſconſultus Peruſinus in tract.compẽdioſæ ſubſtitutionis.in part.6.artic. 2. in ſublimitatione.6.limit.tertij caſus principalis. vbi dicit hanc eſſe magis communem opinionẽ, & eam etiam tenent, quam plurimi Doctores, quæ in fine conſilii uideri poterunt.

Quæ concluſio probatur per text.in l.hæredes mei.§.cum ita.ff.ad Trebell.eum ſic inducendo. Doctores in eo §.communiter dicunt quod ſi neptis teſtatoris ſubſtituta non fuiſſet,& non fuiſſet dictam totam, uel omnem &c. vtique nepos ex fratre admiſſus fuiſſet ex iudicio aui.

Modo ſi cibi ſubſtitutio facta fuit hoc modo. fidei filiorum meorum committi, vt ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit,partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat. Ecce quod ſubſtitutio facta fuit ſuperſtiti, & tamen nepos ſucceſſiſſet,ſi neptis non fuiſſet ſubſtituta,& in omni uel tota hæreditate, ergo fideicommiſſum conditionale tranſmittitur ad filios in cõditione poſitos etiam ſi ſubſtitutio facta fuit ſuperſtiti, & ratio eſt, quia teſtator ponendo filios in conditione habuit mentem, & affectionem ad ipſos quando igitur ſubſtituit ſuperuiuentes credit teſtator, quod reliqui filij ſuperuiuerent non credens, quod aliquis ipſorum cum filijs antea moriatur,quia ſi cogitaſſet,utique diſpoſuiſſet,cum

ex

ex uerbis colligatur habuisse æqualem affectionem ad filias,& ad filios eorum uti igitur substituit filium,ita etiam eis filios substituisset,& propterea dicta verba superstites, & superuiuentes intelliguntur etiam de superstitibus,& superuiuentibus filiis filiorum institutorum præmortuus, antegrauatum, & ante euentum conditionis.

Sed in casu nostro filii masculi Ioannis Hieronimi positi fuerunt in conditione, ut patet ex illis uerbis,& che morendo, che Iddio lo cessi,uno di essi figliuoli di Martino senza figliuoli maschi,& naturali,& legitimi del corpo suo ergo istud fideicommissum conditionale ipse Ioannes Hieronimus transmittit ad dictos suos filios.

Secunda coniectura est. Nam testator in casu nostro fecit plures gradus substitutionū, ut apparet ex lectura testamenti, modo sic. Quando testator facit plures gradus substitutionum,tunc censetur substitutum cum conditione si sine filiis decesserit, grauasse transmittere ad filium suum,ita tenent Paris. consil.66.num.52.& 76.& cons.78.colum.1.uolu. 3.& cons.77.num.20.& 21.uol.2.Grat.in libr. 2.responsorum responso.101.colum.1.in fin. Dec.cons.194.Socin.iun.cons.141.uolum.2.& Ioannes Cæphal.cons.114 uolum.1. cum igitur in casu isto substitutus censeatur grauatus transmittere ad filios fideicommissum, non est dubium, quod Ioannes Hieronimus prædictum fideicommissum ad filios suos transmisit.

Tertia coniectura est. Nam Doctores inter alias coniecturas, quas adducunt ad cognoscendam mentem testatoris fideicommissum transmitti uolentis,ad filios substituti,adducunt illam,quando facta est fauore agnationis,& sic testator habuit considerationem ad agnationis conseruationem, tunc enim fideicommissum transmittitur, quia bona non possent in agnatione conseruari, nisi fideicommissum transmitteretur, ita in specie concludunt Decius.cons.574.num.4.Soc. sen.cons.6.nume.13.uolum.3.Paris.cons. 5.in cons.50.66.69.& 78.uolum.3.& cons. 77.uol. 2.Ruin.cons.140.nu.15.cons.156.nume. 5.& cons.179.num.6.& 7.volum.2.Iaf.cons.52.uolum.3.& cons.154.volum.4. Curt.iun. consil. 69.& consi.89.num.6.Crauett.consi.306. numer.3.Marian.Soc.cons.167.num.20.uolum. 2;Rub.cons.28.numer.8.& consi.120. nume. 4. & Ioannes Cœphalus consil. 16. uolum. primo.

Sed in casu nostro testator non solum in isto fideicommisso.Sed in institutionibus habuit considerationem ad conseruationem agnationis,quod patet ex pluribus.

Primò quia voluit,ut tantum masculi succederent in isto fideicommisso, quod non alia ratione videtur fecisse, quàm vt bona in agnatione conseruaret, ut antedicti Doctores di.unt.

Secundò apparet,quia non vult quod vendi pignorari, alienari, seu in dotem dari possint, sed vult, vt semper vocetur Vallis Ioannis Caroli Riueræ,& quod semper duret in linea filiorum Mutij, Petri, & filiorum Martini, qua deficiente, vult vt eat ad filios filiorum Ioannis Baptistæ filii similiter testatoris.

Tertio apparet,quia in institutionibus vult vt si omnes instituti moriātur sine filijs,quod moriantur propinquioribus de domo, ita quod semper eat hæreditas ad propinquiores de domo, ergo cum dictum fideicommissum fauore agnationis conseruandæ factum sit, non est dubium illud de mente Testatoris esse ad filios substitutorum transmissibile.

Quarta coniectura est. Quia testator filios Martini, qui sunt Ioannes Hieronimus, & Ioannes Loysius,& Petrum,& Mutium instituit,& inuicem substituit,& sic ab initio re & verbis testator suos hæredes coniunxit,sicque ius accrescendi cum fideicommissaria substitutione coniunxit.

Sed quando ius accrescendi est fideicommissariæ substitutioni iunctum,facit illā substitutionem sui natura non transmissibilem, esse transmissibilem.l.qui patri.l. qui ex duobus.ff.de acqu.hæred.& apertissimè in terminis ita dixerunt Iaf.in l. Lucius.§.fin. de vulg. & pupill.& in consi. 154.uolum. 4. Aret.in d. l.qui ex duobus Curt.iun.in rubr.colum.pen. & ibi.Cagnol.num.52.Cod.quando non pet. part.& consi. 16.num.6.Socin.sen.consi. 6.nume.14.uolum.3.Ruin.consi.156.numer.4. & consi.278.num.2.uolum.2.& cons. 201. num. 7.eod.uolum.ubi notabiliter loquitur. Parisi. consi.76.& consi.77.num.23.uolum.2. Idem consi.5.50.& 66.uolum.3. Alexand. consi. 20. num.7.uolum.primo.Ioannes Cœphalus.cōsil.16.consi.14.uolum.primo,& cons.283.nu. 26.uolum.2.& est communis, & recepta scribentium sententia,ut attestatur,& eam sequitur Iacob.Menoch.cons.95.num.3.

Et ratio est,quia substitutio unita cum iure accrescendi assumit illius naturam, & ad instar iuris accrescendi transmittitur, d.l.qui ex duobus,& d.l.qui patri,vnde vti ius accrescendi transmittitur ad hæredes etiam si pendente conditione hęres mortuus fuerit l.si ex pluribus.ff.de suis,& legitim. ita etiam ad hæredes fideicommissum transmittitur,licet pendente conditione fideicommissarius decesserit.

Vnde cum in casu nostro ius accrescendi vnitum sit cum substitutione ista fideicommissaria, non est dubium, quod est dicta substitutio ad filios substitutorum transmissibilis.

Quinta,& vltima coniectura est, imo dico, quod non est cōiectura,sed ap aperte de mente testatoris, considerando verba ipsius, quæ sunt ista formalia.

E vole,& lascia,che la valle cioè vigne Terreorto, & case non se possano mai vendere ne impegnare la proprietà, ne tam poco la possano dar per dote alle figlinole femine, eccetto del frutto, & uole che detta valle si richiami sempre la Valle di Gio. Carlo Riuiera. E caso, che Iddio lo cessi, venisse à mancare la linea delli figliuoli maschi di Piero, Mutio figliuoli di esso testatore, & delli figliuoli di Martino, in detto caso, trouandosi fifigliuoli di Gio. Battista figlio di esso testatore maschi, ouero figliuoli delli figliuoli maschi di esso Gio Battista legitimi e naturali del corpo loro in detto caso succedano vsufructuarii di detta valle quelli che si trouaranno maschi.

Et in dictis verbis in primis consideranda prohibitio alienationis dictæ vallis, quæ prohibitio declarat mentem testatoris fuisse, & esse voluisse, & uelle nepotes, & cæteros descendentes essequi debere hæc bona, & ideò ad nepotes hoc fideicommissum transmittitur. Iacob. Menoch. d. consi 95. nu. 110. Paris. cons. 50. num. 61. & Ioan. Cæphal. cons. 16. sub nu. 44. uol. 1.

Et ratio est quia non alia ratione prohibuit alienationem nisi quia uoluit dicta bona perpetuò conseruari in eius domò, & sic prohibuit ratione agnationis conseruandæ, & ideo dictum fideicommissum transmittitur, & ratio rationis est, quia uti prætulit ratione agnationis conseruandæ masculos ita censetur eorum filiæ prætulisse, & uti dicta ratio locum habet in masculis filijs, ita etiam in nepotibus & ideo uti dictum fideicommissum, eueniente conditione est filiorum masculorum, ita eis mortuis iure transmissionis debet esse nepotum, cum illud debeat haberi pro expresso ex quo testator uerisimiliter disposuisset, si de illo interrogatus fuisset, vt probatur in l. Titius. §. 1. de liber. & posthum. quia in omnibus eadem ratio agnationis conseruandæ militat, ad quam testator habuit respectum, quo ad filium, ideo in omnibus eadem dispositio militare debet.

Item Ratio est, quia si uoluit, ut nullo tempore alienetur, sed vt remaneat perperuo in eorum descendentibus ergo cum prohibeat alienationem etiam in descendentes, præsumendum est, quod illos uocauerit, alias prohibitio ipsis facta non posset valere, sicut alio modo grauari non potuissent. l. ab eo C. de fideicomm. & ideo ad eos fideicommissum transmittitur. vt tradit Ruin. cons. 130. uol. 3. qui in specie loquitur quando substitutio facta est superstitibus, seu superuientibus.

Consideranda sunt secundo loco illa uerba. E caso che Iddio lo cessi, uenisse a mancare la linea delli figliuoli maschi di Piero, Mutio figliuoli di esso testatore, & delli figliuoli di Martino, &c. ecce quod testator voluit vt in dicto fideicommisso succedant non solum filij Martini, sed etiam filij, & descendentes in perpetuum, cum velit, ut donec durat linea ipsorum, in ipsa linea fideicommissum conseruetur, & ideò de expressa testatoris uoluntate fideicommissum istud transmittitur ad filios Ioannis Hieronimi filij Martini cum dicti filii sunt de linea filiorum Martini Soci. in l. gallus. §. nunc de lege. nume. 3. ff. de liber. & posthum.

Et hoc esse uerum patet primo, quia si tale fideicommissum non transmitteretur, vtique non posset conseruari in linea filiorum Martini, cum igitur velit conseruari, aperte apparet velle vt fideicommissum istud ad filios filiorum Martini transmittatur. & ita in casu simili dicunt Ruyn. cons. 156. num. 5. lib. 2. & in d. cons. 130. uolu. 3. qui specificè loquitur, quando substitutio est facta superstitibus, & superuiuentibus Dec. cons. 574. & Iacob. Menoc. in d. cons. 95. nu. 109.

Secundo id apparet esse uerum. Nam præsupponamus filium Mutii mortuum fuisse sine filijs, deinde mortuus fuisse Ioannem Hieronimum, & Ioannem Loysium cum filijs masculis, postmodum obiisse Ioannem Carolum unicum fijium Petri. modo sic, si uolumus istud fideicommissum non esse transmissibile ad filios Ioannis Hieronimi, & Ioannis Loysii, utique vigore vltimi fideicommissi deueniret in filios Ioannis Baptistæ filij testatoris, cum defecisset linea masculina Petri, & Mutij, & ad filios filiorum Martini, non trãsmitteretur, & sic eorum respectu caducum effectum esset fideicommissum.

Sed hoc dicere est absurdum, & contra mentem testatoris. quia testator vult, vt ad filios Ioannis Baptistæ deueniat uigore fideicommissi dictę vallis in euentum, quod fecerit linea masculina Petri, Mutij, & filiorum Martini. ergo durante linea, vult ut in ea fideicommissum conseruetur, igitur transmittitur dictum fideicommissum ad filios filiorum Martini de voluntate testatoris, alias in ea linea conseruari non posset.

Tertio demonstratur hoc uerissimum esse hac alia ratione filii Mutij, filii Petri, filij filiorum Martini dicuntur de linea Petrij, Mutii, filiorum Martini si deficit filius Petri, prout defecit, filius Mutii, quod Deus non permittat, & demum deficiant filiorum filij Martini, & sic Ioannis Hieronimi, & Ioannis Loysij, quod Deus nolit, in tali casu isti filii filiorum Martini nonne sunt grauati onere fideicommissi? certè sic. l. codicillis. in princ. ff. de vsufruct. leg. & ibi not. Barto quia in tali casu vigore vltimæ fideicommissarii substitutionis, succedunt filij Ioannis Baptistæ ergo etiã in dicto fideicommisso uocati censentur. l. ab eo. C. de fideic.

Et in tali casu quando filij positi in conditione grauati fuissent in testamento ab ipso testatore, tunc censentur positi in dispositione, prout tenent Bart. Aret. Lancellott. Galiaula. & Rip. in l. centurio. ff. de vulg. & pupil. substit.

stit. Socin. in l. cum filio. ff. de leg. 1. & in consil. 242. vbi dicit hanc esse communem opinionē & Pontanus in d. leg. cum filio dicit istam opinionem esse canonizatam.

Tertiò consideranda sunt illa verba. In detto caso trouandosi figliuoli di Giouan Battista figliuolo di esso testatore maschi, ouero figliuolo delli figliuoli maschi di Giouan Battista legitimi, & naturali del corpo loro in detto caso succedano vsufructuarij di detta valle quelli, che si troueranno maschi. Ecce quod alamo loco deficiente linea Petri, Mutij, & filiorum Martini, succedere debent in tali fideicommisso filij Ioãnis Baptistæ, & filiorum filij. Modo quod ista fideicommissum transmittatur ad filios filiorum Martini deduco dupliciter. Et primò si testator voluit totum istud fideicommissum posse peruenire ad filios filiorum Ioannis Baptistæ. Ergo nedum prædictos filios Martini institutos, & fideicōmissarios, verum etiam filiorum filios censetur ad dictum fideicommissum vocasse, quia magis prædilexit filios filiorum Martini iuxta l. Publius. §. 1. de condit. & demonst. & ita propter hanc rationem in terminis in simili casu tenent Cassan. in consil. 62. col. 6. versic. item ex verbis. Curt. Iun. consil. 16. num. 7. Ruin. consil. 130 num. 3. volu. 3. & Ioan. Cæphalus consil 114. sub num. 22. versic. 8. & sub nu. 26. in versic. 10. & nu. 29. vol. 1.

Secundò deduco. Nam licet regulariter filij in conditione positi non dicantur vocati, tamen hæc conclusio non procedit, quando ex coniecturis constat de contraria testatoris voluntate, & inter alias coniecturas est illa, quando testator sub eadem liberorum conditione ad plures gradus substitutorū digressus est. Et sic quando post mortem omnium filiorum sine liberis prouidit de vlteriori substituto nā tunc filij positi in conditione censentur positi in dispositione. ita in terminis tradit Petr. Anchar. consil. 70. quem sequuti sunt Alexand. consil. 64 circa fin. vol. 5. Ant. Rub. Alex. cons. 28. col. fin. Ias. consil. 232. col. 1. vol. 2. & consil. 40. col. fin. vol. 3. Curt. sen. consil. 52. & consil. 63. Curt. iun. consil. 11. & 116. Gozzad. consil. 64. Paris. consil. 37. 41. 77. 86. & 81. vol. 2. & consil. 5. 8. 14 42. 52. 53. & 66. vol. 3. Socin. iun. consil. 119. vol. 1. Mantua. consil. 22. col. 4. Gratus. consil. 101. & 106. vol. 2. & 28. Crauet. cum cōcordantibus per eum. consil. 98. in fine Curt. iun. in l. 1. nu. 14. C. de pact. & ibi Purpurat. col. fin. & Cur. sen. in versic. secundo limita quàm opinionem tenent multi alij Doctoris enumerati per Rolan. à Valle. consil. 51. nu. 5. lib. 3. & hæc hodie est magis communis opinio prout attestatur Antonius Gabriel. in suis cōmunibus conclusionibus lib. 3. in tit. de fideicommis. in conclus. 4. nu. 13. & 14 Sed in casu nostro testatur in isto fideicommisso vallis digressus est ad plures gradus substitutorum sub eadem liberorum conditione, & sic post mortem omnium scilicet Petri, Mutij, & filiorum Martini sine liberis prouidit de vlterior substituro, quia in tali casu substituit filios & filiorum filios Ioannis Baptistæ. Ergo dicti filij filiorum Martini, & sic Ioannis Hieronymi, & Ioannis Loysij dicuntur positi in dispositione, & sic per testatorem vocati, & per hanc rationem in terminis nostris decidit Curt. iun. consil. 16. sub nu. 7. igitur vti non solum in isto fideicommisso succedere possunt virture transmissionis, sed etiam iure proprio vti à testatore vocati.

Vltimò, alijs omissis, quod dicti Troianus Bartholomeus, & Franciscus in isto fideicommisso vnà cum Ioanne Loysio succedere debeant, probatur alia ratione. Considerando illa verba, che Iddio lo cessi, morendo tutti li figliuoli maschi di Mutio, morano à quelli restaranno viui pro æquali portione a li figliuoli di Martino, & alli figliuoli maschi di Piero, & cosi dice dell'uno, come dell'altro. Ecce quod conueniente casu in persona filij Petri, succedere debent filij Mutij, & filij Martini Modo sic. In fideicommissis appellatione filiorum veniunt etiam nepotis. Bart. in l. liberorum de verb. significat. Angel. & Imol. in l. Lucius. la 2 ff. de hæred. instit. Angel. Ias. in l. Gallus. §. instituens. ff. de libe. & posth. Bald. in l. 1. C. de condit. insert. Ias. in l. de quibus. col. 5. versic. iuxta præcedentem quæstionem, ff. de legib. Bald. cons. 13. vol. 3. cons. 302. 362. 364. & 414. vol. 4. Oldr. cons. 269. Alex. cons. 37. vol. 6. Roman. consil. 148. Bertrand. consil. 77. col. 2. lib. 2. Corn cons. 207. vol. 2. Capra cons. 23. col. 2. Cur. iun. cons. 22. num. 13. vbi attestatur esse communem opinionem, & cons. 116. num. 11 Ias. cons. 52. lib. 3. Rubeus consil. 28. col. 3. Soc. iun. cons. 125. vol. 1. & cons. 146. vol. 2. Ruin. consil. 101. nu. 9. vol. 2. Barbat cons. 10. vol. 3. vbi ait hanc esse communem opinionem Soc. cons. 249. nu. 2. vol. 2. Dec. cons. 391. nu. 5. Goz. cons. 4 nu. 13. & cons. 59. nu. 12.

Quæ conclusio indubitanter est vera ex mēre omnium, quando dispositio collata est in aliquem futurum euentum, in quem verisimiliter poterat esse dubium, an tunc filij primi gradus sine exituri, an verò magis nepotes, vel alij vlteriores, nam tunc late accipitur nomen filiorum, & veniunt eorum appellatione nepotes, ac alij descendentes Imol. in d. §. instituens. quem cæteri sequuntur ibi, & alibi, vt per Dec. & Gozad. in locis suprascriptis & esse communem attestatur Alex. consil. 9. vol. 1. consil. 5. vol. 3. & consi. 26. eod. vol. Ruin. consil. 129. nu. 1. lib. 3. Sed in casu nostro ad fideicommissum eueniente casu, vocantur filij Martini, & dicta dispositio fuit collata in futurum euentum, in quem verisimiliter poterat esse dubium an Ioannes Loysius, & Ioannes, Hieronymus filij primi gradus Martini essent exituri ergo non est dubium quod in casu nostro sub appellatione filiorum Martini continentur nepotes, ac cæteri descendentes, & ita argumentatur Dec. in consi. 391 sub

P num.

noratus fuit, cuius locum ipsi tenent, & sic argumentum procederet si uellent admitti iure proprio, & tanquam uocati, & substituti, secus si iure patris, & ipsius nomine ueniunt, & sic licet testator maiorem affectionem demonstrauerit Ioanis Loysio, quàm Ioanni Hieronimo patri, ipsorum nepotum, cuius iura agunt, ita dicunt Rube.consil. 82. & Io.Cephalus consl. 16. num. 60. & 61. uolum. 1.

Secundo respondeo, quod in casu uostro isti filij Ioannis Hieronimi fuerunt positi in dispositione, & sic ultra quod possunt uenire iure patris, possunt etiam uenire iure proprio tanquam uocati, & substituti, ut dixi tam in quinta coniectura, in secunda deducationes tertiæ considerationis uerborum testamenti ipsius, testatoris quàm in ultimo fundamento nostræ conclusionis. Ideò non est uerum, quod Ioannes Loysius dicatur magis dilectus.

Nec obstat, quod isti nepotes tempore, testatoris non erant natio quia respondeo dupliciter, & primò quod hæc conclusio locum haberet quãdo uellent iure proprio uenire secus si iure patris nam tunc sufficit, quod tempore testamenti eorum parer fuerit natus, seu tempore quo testator obiit Cyno. Bart. & alii in l. 1. C. de his qui ant. apert. tabu. Docto. in l. quod dicitur, ante fin. de uerb. oblig. & late Tiraq. de retract. §. 2. glos. 9. num. 5. & 6.

Secundo respondetur, quod dicta conclusio procedit in fideicommisso puto secus in fideicommisso condirionali collato in quendam futurum euentum, in quem uerisimiliter est dubium an tunc extent filii, ut in casu nostro nam tunc appellatioue filiorum ueniunt etiam nepotes ut supra dixi in ultimo fundamento, & sic testator habuit affectionem ad istos nepotes nam tum tale fideicommissum factum sit uerbis denotantibus tractum futurum, comprehendit etiam dictos filios Ioannis Hieronimi natos, & conceptos post mortem ipsius, ex quo attenditur tempus euenientis conditionis, & satis est eo tempore quo cedit dies fideicommissi fuisse conceptos, ut probatur in l. ei quoque. ff. de pecul. leg. & tradit, & Paris. quam plures doct. allegans consil. 66. num. 56. uolum. 3. imò ut dixi, isti sunt uocati, & in dispositione positi, & proprerea non militat fundamentum, cùm constet de contraria testatoris uoluntate.

Non obstat quartum fundamentum ex pluribus: & primo, quia in casu nostro appellatione filiorum ueniunt nepores nec obstat id, quod dicit Dec. consl 95. quia non est uera sua conclusio, & pessimè loquitur, ut ibi dicit auctor in addit. in littera, e, & ad hoc, ut remoueatur omnis difficultas in hac materia suas, quod licet Doctores uaria dicant, tamen procedunt dicta per eos quando uerbum filius, refertur ad certas personas; nam tunc generaliter appellarione filiorum non ueniunt nepotes præterquam in quibusdam casibus, ut per Doctor. in dict. §. instituens.

Sed quando uerbum, filii, profertur in plurali indefinitè, non referendo, nec restringendo ad certas personas, puta suprascriptas, sed conferendo in genere in futurum euentum, & agitur de commodo nepotum, & in eis est eadem ratio, nec sequitur absurditas, & maximè quando uerbum, filii, additur ad augendum, & continuandum gradus substitutionis, tunc sub uerbo, filiorum, uelut sub compendio sermonis omnes liberi, & sic nepotes, & alij descendentes comprehenduntur, & uocati censentur, & hæc est uera, & propria sententia Alexandri. ita enim sentit in dict. l. gallus. §. instituens. & ita consuluit consilio uigesimo sexto, uolumine tertio, consilio 56. uolumine quinto, consil. 36. uol. 6. ita etiam sentit Bal. consi. 186. & & consi. 302. in fin. uol. 4. & est crebrior sententia, & ueritas, ut atrestatur auctor in addit. ad consi Alex. consil 1 in littera L. uol. 1. sed in casu nostro uerbum filii profertur indefinitè, non refertur nec restringitur ad certas personas, puta suprascriptas, & confertur in genere in futurum euẽtum, & agitur de commodo nepotum, & in eis est eadem ratio conseruationis agnationis, & uoluntatis Testatoris, nec sequitur absurditas, immo æquitas, ad hoc, ut in lineis conseruetur æqualitas, & dictum uerbum, filii additur ad augendum, & continuandum gradus substitutionis ueniente casu. ergo est uera sententia, quod in casu nostro appellatione filiorum ueniunt nepotes, ita ut cum patruo concurrant, ut tradit Alexand. in terminis in dict. consilio 26. nolum. 3. & isto casu non est uerum, quod appellatione filiorum non ueniant nepotes, quoties dispositio uerificari potest in persona filiorum nec loquitur in hoc casu Alex. ut in dictis consiliis est uidere.

Secundò non obstat, quia filii filiorum Martini, licet fuerint positi in conditione, tamen in casu nostro censentur uocari, ut supradixi, & ideò cum censeantur uocati non est dubium, quod sub dicta appellatione filiorum nepores isti dicantur comprehensi.

Tertiò respondeo. Nam, & si uerum esset, quod appellatione filiorum, nepotes in casu nostro non uenirent, adhuc nopotes isti succedere debent, quia ueniunt in tali casu non iure proprio, sed iure patris, & sic non ea ratione, quod appellatione filiorum ueniant nepotes, sed ratione, quia ius metiuntur ex persona patris, qui fuit uocatus, & substitutus, & cuius personam repreſentauit, cum sint in locum patris, iuraque eius-

dem habeant transmissa ita tradunt. Crauet. consilio 306. columna tertia, & Ioannes Cephal. consilio decimosexto, sub numer. 66. uersicu. ad ultimum respondetur, uolumine primo.

Nec obstat corroboratio facta per illa uerba. Morano à quelli che restarãno uiui, & sic doctrina Baldi in d. l. quidam elegio colum. final. quia respondeo dupliciter, & primò contra opinionem Bald. tenent Roman. & Alexan. si benè eius uerba considerentur, & expresse Castrens. in dicta l. qui patri. ff. de acquirend. hæredit. & Crot. in l. re coniuncti. de leg. 3.

Secundò respondeo quod Bald. loquitur in pupillari substitutione per quam succeditur pupillo, instit. de pup. substit. in princ. at nos loquimur in fideicommissaria substitutione per quam testatori succeditur in quo casu, cum æqualem habeat affectionem ad nepotes, & ad pronepotes ideò dictum fideicommissum transmittitur ad pronepotes, moriente nepote ante aduentum conditionis. Et ad hoc ut ista materia clarissima appareat, in fideicommissaria substitutione duo sunt consideranda casus.

Et primus est, quando testator Titium, Seium, Franciscum, & Antonium filios suos hæredes instituit, & deinde dixit, & si aliquis ipsorum sine filiis decesserit, substituo superuiuentes. moritur puta Titius, liberis relictis deinde moritur Seius sine filiis in hęreditate igitur dicti Seij vigore fideicommissi, volunt succedere tantum Franciscus, & Antonius, qui sunt superuiuentes. exclusis liberis Titij filij uerò Titij, uti subrogati in locum patris cum agatur de successione ascendentis, unà cum patruis, in dicto fideicommisso succedere uolunt. In hac difficultate duæ sunt opiniones doctorum, vna est quod debeant succedere, altera, quod non debeant affirmatiuam tenent Cuman. Fulgos. Dec. Bartol. Socin. Crauet. Paris. Ruin. Ioan. Cæphal. & Sfortia Oddus Perusinus, & hæc est magis communis opinio, teste dicto Sfortia Oddo. vt supra dixi in secundo fundamento nostræ opinionis. quibus addas Roman. Alexand & magis in specie Paul. de Castr. in dicta l. qui patri. & Crotum in dicta l. re coniuncti. mihi, colum. 44. uersicul. secundò fallit. Riminald. consilio septuagesimooctauo, columna secunda, Ias. consilio 154. columna final. volumine quarto, & consilio quinquagesimosecundo, in fi. uolumine tertio, Ruin. consilio septuagesimonono, columna penultima, uolumine 3. Roman. consilio quinquagesimosexto, nume. tertio, ex numero quorum Doctorum, quod hæc est communis, & magis communis opinio quam tenet etiam Hieronimus Zanchus in repetit hæredes mei. §. cum ita, nu. 219. ff. ad trebell.

Quæ opinio iudicio meo est magis uera, & probatur primò per tex. in 6. hęredes mei. §. cum ita, ff. ad trebell. inducendo prout supra induxi.

Secundò probatur, quia quando testator substituit certas personas, ita demum admittuntur si fuerint superstites hære di morienti. l. si ex pluribus. ff. de suis, & leg. l. sed si plures, & l. qui habebat, de vulgar. & pupill. si ergo testator substituit superuiuentes, exprimit quod tacitè inest, sed expressio eius, quod tacite inest nullum operatur effectum. l. 3 ff de leg. 1. ergo ista expressio de uerbo superuiuentes nihil operatur, & ideo uti quando hoc uerbum non exprimitur, ex coniecturis fideicommissum conditionale, etiam fideicommissarius moriatur pendente conditione, transmittitur ad filios, & eius descendentes, ita etiam transmittitur quando dictum uerbum exprimitur.

Tertio probatur non dictio, superuiuentes, importat conditionem, idest, si tunc uiuet Alexand. consilio 109. colum. secunda, uolum. 7. sed paria sunt substituere aliquem si uiuit, vel eum nominare nomine proprio Dec. consilio 79. in princip. Paris. consilio 9. columna tertia, volumine secundo, & consil. 37. columna septima, in fin. eod. uol. sed quando substituitur nomine proprio non impeditur transmissio. Alexand. in l. qui patri, col fin. ff. de acquir. hæred. & Ioan. Cæph. consilio 16. numero 60. cum seq. uol. primo, ergo neque impeditur per dictionem superuiuentem.

Quartò probatur quod sit uera in specie in casu nostro. nam licet dictum uerbum superuiuentes excludat nepotes inspectis uerbis, tamen inspecta mente disponentis, quando in nepotibus militat eadem ratio, quæ in filiis militat prout est in proposito nostro, ut deducam, tunc non obstante dicto uerbo fideicommissum transmittitur, ita notanter tradit Paris. consilio quinto, numero quadragesimotertio, & quadragesimoquarto, libro tertio, quem refert, & sequitur Cæphal. dicto consilio decimosexto, nu. 66. Quòd militet eadem ratio probatur in casu nostro fideicommissum factum fuit ratione agnationis conseruandæ, ut deduxi supra in tertia coniectura secundi fundamenti, sed hæc ratio ut militat in patruo ita militat in pronepotibus, ut ideò ut prætulit ratione agnationis conseruandæ filios masculos Martini, ita censetur eorum filios prætulisse, & propterea, ut fideicommissum eueniente conditione est filiorum masculorum, ita etiam eis mortuis, iure transmissionis debet esse nepotum, cum illud debeat haberi pro expresso, ex quo uerisimiliter testator disposuisset, si de isto interrogatus fuisset, ut probatur in l. Titius, §. primo, ff. de liber. & posthum. & tanto magis est uera hæc conclusio, cum testator uelit in linea filiorum Martini, conseruare di-

dictam Vallem quæ nisi fideicommissum, esset transmissibile, non posset conseruari, & ideo, ad hoc ut conseruetur, de mente testatoris necesse est ut transmittatur, non obstantibus dictis uerbis, à quelle resterranno uiui, prout in casu simili in terminis tradit Ruin.cons.130.uol.3.

Et hæc conclusio indubitanter procedit, quando filij licet sint in conditione positi, tamen sunt uocati, & sic iure proprio uti uocati, & substituti ueniunt, ut est si dictum esset. Titium, seium, Franciscum, & Antonium filios meos hæredes instituo, & si quis eorum sine liberis decesserit, substituo superuiuentes, & si omnes sine filijs moriantur substituo Sempronium alterum filium meum, nam in hoc casu filij dictorum hæredum institutorum, licet sint in conditione positi, tamen dicuntur positi in dispositione, & sic uocati, & substituti, ut latissimè deduxi in secunda deductione tertiæ considerationis quintæ, & ultimæ coniecturæ, & est uera, & magis communis conclusio.

Sed in casu nostro filij Ioannis Hieronymi licet fuerunt positi in conditione, tamen fuerunt positi in dispositione, & sic fuerunt uocati, & substituti quia testator in casu nostro digressus fuit ad plures gradus substitutionem ut in dicta secunda deductione dixi; ergo isti filij Ioannis Hieronymi ueniunt appellatione superuiuētium, & ideo una cum eorum patruo Ioanne Loisio succedere debent.

Secundus casus est, quando aliqua res relinquitur filijs puta Titij, seij, & Martini sine aliqua expressione certarum personarum, & deinde testator dixit, si filijs Titij moriantur sine filijs masculis moriantur superuiuentibus, & sic de reliquis in casu isto moriantur filij Titij cum filijs, deinde moriantur filij Seij sine liberis, filij Martini uolunt succedere exclusis filijs filiorum Titij, filij uero filiorum Titij cum eorum patruis concurrere uolunt, & utique concurrere debent, quia quando fit relictum filijs sub appellatione filiorum ueniunt nepotes, & alij descendentes, & maxime quando agitur de filiorum commodo. Bartol. in d. l. liberorum, & Docto. in dicto §. instituens, & ideo id similiter habet locum in fideicommisso conditionali filijs relicto nam in dicto fideicommisso sub appellatione filiorum ueniunt nepotes, & sic nepotes dicuntur uocati, & substituti, & maximè quando fideicommissum est reciprocum, & sic non onerosum, sed fauorabile, ut est quando factum fuit ratione agnationis conseruandæ. & ideo ut uocati ueniunt appellatione superuiuentium, & admittuntur una cum patruis, ut dixi latissimè in ultimo fundamento secundæ opinionis. & in quanta responsione quarti fundamenti primæ opinionis, & ita ultra alios Doctores ibi allegatos in terminis tradit, & consulendo respondit Marian. Socin. cons. 146. per tot uolum. 2. Sed in casu nostro, uallis relicta fuit filiis Mutij, & filiis Martini, & si moriantur filij Petri, moriantur filijs Mutij, & filiis Martini ergo sub appellatione filiorum tam in relicto, quàm in fideicommisso ueniunt isti nepotes, & sic filii Ioannis Ferrarini una cum patruo Ioanne Loysio concurrere debent in alio dicto fideicommisso, cum & ipsi uocati sint superuiuentes.

Nec finaliter obstat ultimum fundamentum, quia respondetur, quod immo attendē da est proximitas respecta testatoris, & non respectu hæredis grauati, quam opinionem tenent Deci. cons. 1. columna secunda, & cōs. 546. columna final. vers. sexto, & ultimo Ias. cons. 215. colum. 1. & 2. in princ. volumine secundo, vbi dicit hanc esse communem opinionem, & cons. 159. columna prima, volumine quarto. Ruin. cons. 142. num. 15. volum. 3. cons. 168. col. 3. & cons. 298. colum. fin. eo. volumine Paris. cons. 36. colum. 2. volum. 2. & Ioan. Dilect. de art. testan. tit. 5. caut. 21. numero tertio, vbi dicit hanc esse communem opinionem.

Sed dato, & non concesso, quod uera sic ea opinio, quod attendatur proximitas respectu hęredis grauati, & non testatoris, respondetur tripliciter.

Primo dicta Soc. opinio habet locum quā do agitur de ordine successione, ut in fideicommisso collectiuè relicto certæ familiæ, nam tunc respicitur persona grauati, uel, ut quando inter plures grauatos cadit ordo caritatis; nam tunc ordine successiuo uocantur, & prout quisque proximior est ei, qui semel fuit admissus, quia ad illum uidetur eandem caritatem habere, quam habuit ad defunctum grauatum, & ideò respectu successionis attenditur persona grauati.

Sed secus est, quando sumus in interpretanda testatoris uolūtate, qui disposuit, & sumus in casu, in quo inter vocatos non cadit ordo caritatis, & affectionis, ut est in casu nostro, in quo agitur de interpretanda uolunta te testatoris circa fideicommissum, & inter uocatos non cadit ordo caritatis, & affectionis tam circa Ioannem Loysium, & Ioannem Hieronymum, quam circa Ioannem Loysium, & filios Ioannis Hieronymi, cum testator eandem affectionem, & caritatem, quam habuit erga Ioannem Hieronimum, dicatur habere erga filios eius, & ratio est, quia cum simus in fideicommisso ascendentis, filiis Ioannis Hieronimi in eius locum succedunt, & ideo hoc casu inspicitur, persona testatoris, ut probatur in l. fin. ff. ad trebellian. & tradit Roland. a Valle, consilio 100. numero uigesimoquinto, uolumine primo.

Secunda dicta opinio Socini non est in consideratione quando sumus in fideicommisso ascendentis, seu patrui, in quo filij subintrant in locum patris ut est in casu nostro, in quo tractatur de fideicommisso aui, seu proaui, & sic ascendentis, nam tunc siue consideretur persona testatoris, seu grauati, eadem est proximitas patrui, & nepotum, ratione subingressionis & repræsentationis, quia cum filij Ioannis Hieronimi repræsentetur ipsum Ioannem Hieronymum, dicuntur in gradu ipsius, & ideò æqualis est proximitas tam respectu testatoris, quàm respectu hæredis grauati, vt eleganter concludit Ioannes Cephal.consil.489.num. 58. uolum.4.

Tertia dicta opinio Socin. locum habet quando sumus in eadem linea, ut si fideicõmissum relictum sit post mortem filij sine filijs, & eorum filijs, nam tunc cum fideicommissum intelligatur ordine successiuo, scilicet prius pro ipsis filijs, & poteeorum mortem pro eorum filijs, iuxta not. per Doct in l. Gallus.§.1. ff. de lib. & posthu. attenditur in tali casu persona grauati, & secus est quando sumus in diuersa linea, & in casibus, in quibus filij subintrant in locum patris, nam tunc non attenditur proximitas, vt est in successione ascendentis, in quo casu nepotes concurrunt cum patruo, prout est in casu nostro, ita notabiliter dicit Ceph. antedicto, cons.489. in quo consilio doctissimè remouet supradictam obiectionem fundatam in opinione Socini, & aliorum.

Ex prædictis igitur clarissimè apparet, istos Bartolomæum, Troianum, & Franciscum filios Ioannis Hieronymi filij Martini, ritè rectè, & sanctè successisse in fideicõmisso Vallis una cum Ioanne Loysio eorum patruo filio similiter Martini, & ita iuris esse censeo. Ego Alexander Trentacinque V. I. D. quod consilium, in fidem ueritatis subscripsi, & solitum sigillum quo in similibus utor apposui.

Præsentem consultationem doctissimè ac copiosissimè per celeberrimum meum consulentem confirmatam in fauorem pupillorum iuridicam, ac vtilissimam puto, & in eandem sententiam haud dubie concurro ego Ioannes Vincẽtius Martinus V.I.D. minimus, sola subscriptione contentus, cum aliquid addendi locus viæ sit relictus. Idem qui supra manu propria.

Vt supra consultum, & primatum extitit per doctissimum, ac præclarissimum Iurisconsultum Alexandrum Trentacinque optimis iuribus, solidissimisque rationibus pro dictis pupillis iuris esse dico, & in sententiam dicti domini consulentis iuri & æquitati consonam intrepidè concurro. Ego Iosephus de Rusticis V. I. D. de Ciuitate Aquilæ, & ad fidem me subscripsi, solitumque meum sigillum, quo in his vtor, apposui. Idem qui supra Iosephus de Rusticis.

Veritas, & fructus, quos ex præsenti fertili consultatione, & ex uirtutibus prædicti excellentissimi D. Consulẽtis capio quàm ubertimas mihi suadent, ut à latere ipsius suoque uoto nunquam discedere debeam profiteor etenim re ipsa ueritatem attigisse in suis scriptis, quæ cum tergiuersari nequeat pacto aliquo, in suam me sententiam adducit, cui tanto libentius acquiesco, cum nullus amplius locus in præsenti torrente dicendi superesse uideatur.

Ego Franciscus Viuius.

Visis ac diligenter consideratis, quæ supra doctè non minus, ac subtiliter, quàm copiosè fuerunt adducta, & deducta, transeã in eandem sententiam pro transmissione fideicommissi, & ego Ioannes Paulus Lancellotus. V.I.D. Perusinus, & in fidem subscripsi, & subsegnaui.

Idem Ioannes Paulus Lancellotus manu propria.

Quæ supra latè, doctè, & egregiè deducta, & allegata per excellentissimum prædictum D. Consulentem, & confirmata fuerunt auctoritate subscribentium mihi quoque iuri, & æquitati ualde consentanea uidentur, rationibus, & auctoritatibus per eos adductis.

Præcipuè, & primo. Quia uerior, & magis communis opinio est, quod etiam in fideicommissis filius subintrat in locum patris, quemadmodum ultra allegaros per D. Consulẽtem latè substinet, & testatur Port. Imol.cons.55.num.30.& seq. Ant. Gabr. de fideicom.conclus.3.nu.1.Viui.com.opin.lib. 2.opin.121.filius fratris post medium, dicens hanc opinionem esse frequentiorem, veriorem, & magis æquam, & se pro ea consuluisse, obtinuisse, & iudicasse, eiusque sententiam confirmatam fuisse in Rota Bonon. per Beninten. decis.88. In præsenti, num. 2. Tyb. Decia.cons.7.in hac, nu.79. vbi ad finẽ inquit se pro hac opinione sepius consuluisse, obtinuisse, & iudicasse, & idem latius comprobans repetit cons.29. Breuiter, num. 6.& seq. lib. 1. & latissimè usq; ad nauseam propemodum alios congerens cons.55.quæritur.numer.13.& seq. lib 3. in quibus locis non solum argumentum pro hac opinione ualidissima, uerum etiam responsiones ad contrariam habentur.

Secundò quia quatenus dubitetur regulariter de ista opinione, non tamen negare potest, quin certè ea procedat, quando sumus in fideicommisso facto ab ascendente, & agitur de admittendis ad illud descendentibus, ut hic: & hoc fatetur etiam Dec. consilio 217. comprobat multorum auctoritate D. Consulens, & sequitur Rota Bon. de decision. octuagesimaoctaua, numero tertio, Marzan. de fideicom.

com. substit. part. 2. q. 18. referens se ita consuluisse in causa de compostellis Balciani, & secundum eius consilium iudicatum fuisse, per Excellentissimum D. Torniellum, ac etiam alias ita decisum fuisse per Rotam Florentinam, ut in motiuis eius lib. 10. nu. 97. & lib. 12. num. 247. Feder. Decia. d. consil. 29. nu. 7. uti post Rui. Cœph. Curt iun. Bero. & alios concludit, quod cum in ista materia sint tres opiniones. Vna affirmatiua glos. l. cum ita. §. in fideicommisso de leg. 2. alia negatiua Bal. in d. §. in fideicommisso. Tertia media istas concordans, uidelicet, ut prima procedat, quando tractatur de fideicommisso ascendentis, & de succedendo auo, uel patruo.

Secunda uerò quando agitur de successione transuersalium, præterquam patruis tenenda est ista alias opiniones concilians, prout in simili sæpè sæpius asserunt Doctores de distinctione ad concordiam reducente contrarias opiniones.

Tertiò indubitata est eadem opinio quando non agitur de excludendo aliquo à successione, sed tantum quod nepos concurrat cum patruo, vt hic, quia tunc omnes firmiter adhærent opinioni affirmatiuæ, quæ fuit glos. in dict. §. in fideicommisso. & sequa. de quibus supra tenet Alex aperte in cons. 123. sub nu. 2. vers. præterea iura omnia, & præsupponit etiam cons. 44. num. 19. priore loco lib. 1. 2. vero lib. 5. Socin. iun. cons. 20. num. 6. lib. 3. Decia. d. cons. 29. sub numero decimo, vers. & præsertim, & d. cons. 55. sub num. 19. ad fin. uers. & hanc etiam, & rursus vers. secūdò, quod qui vult admitti.

Quartò, idem tenendum est in præsenti casu, quia quando essemus in dubio propter anfractum istarum opinionum, adhærendū esset nepotibus fauenti opinioni, qui prætendunt se subintrare in locum patris per repræsentationem, cùm ista repræsētatio nitatur æquitati. §. cum filius. instit. de hæred. quæ ab intest. def. & fundata sit iure naturali. l. 1. §. si filius. ff. de suis, & legit. ac etiam diuino. Genes. cap. 11. & seq. ubi Aran patruus admisit ad successionem Aui, Abraam nepote, & in dubio semper sumēda sit interpretatio, quæ innititur æquitate l. in omnibus quidem ubi Dec. & Cagn. de reg. iur. l. placuit. ubi Ias. C. de iudic. l. Aemilius. ff. de minor. prout in terminis arguit Decia. d. cons. 55. numero 38. & seq.

Postremo esto pariter, quod ista opinio affirmatiua esset dubitabilis etiam in casibus supra positis, & in quibus eam diximus, & tenemus indubitatam esse, adhuc in præsenti casu pro ea iudicandum esset, quia, vt præsupponitur, nepotes ij, qui hac opinione nituntur, possident bona, de quibus agitur, cum eis facta fuerit restitutio realis dicti fideicommissi, quo casu in dubio pro possessore iudicandum est §. commodum. instit. de interdict. & quia rei sunt l. fauorabiliores. ff. de reg. iur. cum similibus. ac etiam quia si non singula per se allegata supra, sufficiant cuius contrarium tenemus ex supradictis sa tendum tamen est, quod simul vincta sufficiant. l. spadonem. §. qui iura multa. ff. de excus. tuto. Dec. cons. 4. col. 3. uersic. est uerum, & alij mille alijs in locis vulg.

Vt supra consultum extitit, respondi, sub scripsi, & subsignari iussi.

Ego Marcus Antonius, Eugenius I. C. Perusinus.

Consultatio supra reddita per Excellentissimum Dominum Consulentem, quæ non parum glorior quandoque in auditorem acutissimum habuisse, & nunc maximè lætor perspiciens ipsum Iureconsultum, ac Aduocatum celebrem, & Excellentissimum, & in respondendo de iure prestantissimum, ac mihi nirtutum magnitudine etiam, atque etiam obseruandissimum in fauorem dictorum filiorum olim Ioannis Hieronymi Riueræ, & contra dictum Ioannem Loysium ipsorum patruum, ac tantorum iuris prudētium auctoritate roborata videtur mihi non modo æquitati, menti testatoris ueritati, ac receptissimis traditionibus omninò consona, ueram etiam summo ingenio doctrina per illustri, & diligentia exactissima omni ex parte ita perfectè absoluta, ut ad uictoriam, & pottum tutissimum iurium dictorum pupillorum nihil aliud ulterius desiderari ualeat, & ea propter simplex duntaxat sit ia proposito subscriptio adhibenda.

Cæterum, vt uim huiusmodi consultationis degustasse uidear, & rogantium pijssimę intentioni morem geram, hęc pauca reperēdo, magis quam de nouo ex citando aliqua in ipsius confirmationem ratiocinari non omittam tum ex capite propriarum, personarum dictorum pupillorum, quam ex capite repræsentationis persony dicti eorum patris.

Ex capite quidem propriarum personarū dictorum pupillorum, rectè ipsi sunt admittendi, etiam in cōcursu dicti ipsorum patrui ad dictum fideicommissum relictum per dictum Ioannē Carolum ipsorum proauum in commodum filiorum dicti Martini.

Primò, quia licèt sub nomine filiorum ex propria significatione uerbi ex magis communi sententia non ueniant nepotes ex filio prędefuncto iuxta tradita per Dyn. Bar. & alios, in l. liberorum. ff. de verb. signific. & latissimè in hoc congesta, & relata per Anto. Gabrie. in tit. de uerb. signific. conclus. 1. num. 3. Attamen non est dubitandum ipsos sub nomine filiorum rectè venire, inspecta iuris prudentium interpretatione communiter recepta, ut per Gabriel. d. conclusio. 1. numero tertio.

Et indubitanter quando sumus in disposi tione tantum fauorabili. Gabriel. d. conclus. 1. num. 5. ubi num. 7. de magis communi testatur,

flatur, qualem esse dispositionem fideicommissariam quando agitur solum de capite uocatiuo non ambigitur, & ex allegandis in sequenti medio tam clarum, quàm, quod Clarissimum fieri intelligetur.

Secundò quia in terminis, quod ex uocatione filiorum in dispositione fideicommissaria intelligantur uenire etiam nepotes ex filio præmortuo firmant Alex. cons. 26. nu. 4. & seq. lib. 3. Dec. cons. 300. numer. 8. Bero. q. 112. Soc. iun. cons. 114. nu. 31. & cons. 116. nu. 11. lib. 1. & cons. 146. nu. 7. lib. 2. Gabriel. dicta conclus. 1. nu. 7.

Tertio quia multo magis idē recipitur, quando fideicommissum istud procedit ab ascendente, & huiusmodi uocatio apparet facta in futurum euentum: tūc enim filiorum appellatione intelliguntur uocari etiam nepotes ex filio, etiam si tempore fideicommissi relicti dicti nepotes non fuissent nec nati, nec concepti, ut per Alex. d. cons. 26. num. 4. & alijs seq. & Dec. d. cons. 300. nu. 8. & Soci. iun. d. cons. 146. num. 7. & seq.

Quarto, & ultimò, quia prædictis concurrentibus dicitur esse locus admissione duorum nepotum etiam ad concursum patruū ut in terminis latè per Alex. d. cons. 20. num. 4. & seq. & Soc. iun. d. cons. 147. nu. 7. quæ cōclusio certe nullam difficultatem admittere potest, quando ex dispositione testatoris cōstat ipsius intentionem fuisse per huiusmodi fideicommissum prouidere suæ posteritati in perpetuum, & in infinitum Ruin. cons. 35. num. 15. lib. 1. quæ omnia in præsenti casu concurrere, ex uerbis testamenti prædicti fit clarissimum.

Quinimò in pręsenti casu constat euidenter ex ipsins uerbis de huiusmodi dictis testatoris intentione, dum prohibuit dicta bona alienari etiam inter descendentes merito fit consequens eius intentionem fuisse de dictis bonis participare, & frui quoscunque ipsius descendentes, & sic non tātum filios, verum etiam nepotes ex filio prædefuncto, receptissimique iuris sit in vltimis voluntatibus, & maxime in fideicommissis, testatoris mentem, spreta proprietate verborum, spectandam fore l. cum quæst. C. de legat. l. cum proponeretur in fin. ff. de leg. 2. l. cum uirum C. de fideicom. cum concordantibus ex verbis apparentem. Paris. cons. 77. num. 11. lib. 2. Thob. Non. cons. 8. num. 15.

Ex capite uerò repræsentationis personæ dicti eorum patris dicta resolutio est omnimodo iuridica apparet licet etenim in controuersia poni possit, an in fideicommissis nepos ex persona patris ualeat rectè concurrere cum patruo, quando agitur de fideicōmisso imposito, uel ab omninò extraneo, vel ab alio quàm à patruo, vel ascendente, vt per Gabriel. in tit. de fideic. concl. 3. numero 1. & seq.

Attamen in fideicommisso proficiscente ab ascendente, remota omni penitus dubitātione, passim conceditur huiusmodi repræsentationem rectè fieri ad præiudicium patrui, vt vltra allegatos per Dominum Cōsulentem, & alios adiectos per Excellentissimum proxime subscribentem firmat Frāc. Marza cons. 3. nu. 3. Port Imol. cons. 111. nu. 5. & Rolan. à Val. inter consilia diuersorum pro triuultis. nu. 34.

Vt supra conclusum fuit respondi, subscripsi, & subsignari feci.

Ego Cæsar Fiumagiolius V. I. D. Perusinus.

Verissimams, & æquissimam, ac menti ipsius testatoris consonam esse existimo conclusionem supra firmatam ab Excellentissimo D. Consulente, & aliorum Iurisconsultorum auctoritate roboratam, ad fauorem Troiani, & fratrum. Tum quia filius secundum magis communem Doctorum sententiam ingreditur locum patris, & cum patruo concurrit in fideicommissis ab ascendentibus relictis, vt abunde fuit per D. Consulentem deductum, & de magis communi vltra supra allegatos testatur Vasq. de Succ. in 1. p. lib. 3. §. 27. limit. 30. nu. 17. Thob. Non. cons. 4. nu. 7. & Franc. Bursat. cons. 71. in princ. & cons. 67. nu. 9 lib. 1. & cons. 170. sub nu. 1. lib. 2. Tum quia etiam si in proposito themate filius non succederet in locum patris, tamē dictus Troianus, & fratres debent saltem ad d. fideicommissum admitti iure transmissionis, quia licet fideicommissum conditionale regulariter non trāsmittatur l. vnica. §. sin autem aliquid sub conditione. C. de caduc. tollen. cum vulg. nihilominus ex uoluntate testatoris fit transmissibile, ut latè habetur per Hieronymum Zanch. in repet. l. hęredes mei. §. cum ita in 4. p. nu. 103. in præsenti uero casu ex multis coniecturis colligitur testatorem voluisse huiusmodi fideicommissum esse transmissibile ad nepotes Martini, quas coniectutas adeò plenè, & exactè deduxit, & considerauit dominus Consulens, ut omnis opera mea iura eas uideatur esse superuacua ideoque de simplici subscriptione requisitus libentissime subscripsi, & proprio signo muniri curaui saluo semper. &c.

Marcus Antonius Seuetius. V. I. D. Perusinus, in almo Perusino Gymnasio ordinarius Iuris Ciuilis interpres Vespertinus.

SVMMARIVM.

1 *Pactum de succedendo est contra bonos mores, sed an firmatur iuramento. nu. 2. & quomodo procedat, nu. 3.*

4 *Donatio absenti facta non valet, declara numero 5.*

6 *Actio ipso iure acquiritur absenti ex notarij stipulatione etiam sine cessione, sed contra nu. 7. amplia nu. 10.*

Sti-

8 *Stipulatio sortitur naturam eius actus, super quo interponitur.*
9 *Voluntas ne dum uerbis, sed etiam facto declaratur.*
10 *Mulier renuncians potest, stante enormissima lesione, contra uenire petita prius absolutione à iuramento, Declara nu. 11. subdeclara nu. 12.*
11 *Declaratio ad c. quamuis, de pact. lib. 6.*

Consilium XLI.

DOmina V. vxor Magnifici Domini A. ante quam ad domum sui viri transduceretur, imò antequam uir ad eius domum iret, & cognosceret, cum consensu, & auctoritate sui patris renunciauit eius patruis successioni bonorum sui patris præsentium, & futurorum quomodocunque, & qualitercunque sibi spectanti, & competenti ab intestato, cedens eius patruis omne ius, omnemque actionem, quod, & quę sibi competit, & competere posset tam de præsenti, quam de futuro, tam iure legitimæ supplementi legitimę, Falcidiæ, & Trebellianicæ, & successioni cuiuscunq; aduenienti, & contentauit te de dote ducatorum mille, & ducentorum, lecti, & bonorum mobilium; & hoc fecit uolens rem gratam facere suo patri, tam pro cōseruatione agnationis, familiæ, & stipitis, quã etiam ex aliis causis rationabilibus eius mentem mouentibus. Et quando dictam renunciationem fecit non habebat decem, & octo annos, & bona Mag. sui patris tunc temporis pro eius parte ualebant ducatos duodecim mille, & erat in communi familia cum eius fratribus; omnia enim bona communia valebant ducatos quadragiuta octo mille, uel quinquaginta mille, adeò, *q* pars dicti patris Dominę V. erat plus quàm duodecim mille ducati, qui pater non habebat tunc tēporis, nec ad pręsens habet nisi istam vnicam filiã. Dubitatur modo an ista renunciatio ualeat.

Pro resolutione huius dubij de pluribus est quærēdum. Primò an ista renunciatio respectu magnificorum Dominorum patruorũ ualeat, cum non interuenerint in instrumento renunciationis, sed absentes erant.

Secundo an stante enormissima læsione subsistat, seu, an petita absolutione à iuramẽto in totum renunciatio rescindatur.

Tertio an saltim respectu supplementi legitimæ propter enormissimam læsionem dicta renũciatio rescindatur, & præcipuè cum legitimæ, & supplemento legitimæ renunciauerit.

1 Ante quam ad horum dubiorum resolutionem condescendam, opere pretium duxi præmittendum fore, Pactum de non succedendo esse contra bonos mores l. 2. in fin. ff. de his quib. ut indig. ubi remissio seu donatio hæreditatis uiuentis improbatur, quasi sit contra bonos mores, & ideo punitur, ut ibi.

Idem probatur in l. quidam in iure. §. si ff. de donatio. & in l. nam ei. eo. tit. & continet turpitudinem tam respectu illius, qui spem succedendi amittit, arg. l. si pignore. in princ. ff. de furt. ubi qui rem sibi commodatam alteri commodauit puti tenetur, species enim lucri est, inquit Iurisconsultus, de alieno largiri, & beneficij debitorem sibi acquirere, ideoque in d. l. 2. ff. de his quib. ut indig. in d. l. quidam in iure. & in d. l. nam ei punitur ipse donans, seu renuncians, quasi ex parte eius uitium, delictumque sit, non secus quàm ex parte eius in cuius fauorem fiebat renunciatio; nam respectu eius, in cuius fauorem fit renunciatio est turpitudo, uotum captandæ mortis, & improba festinatio, non secus quam si pacisceretur de futura successione acquirenda cum uirtualiter ex parte illius in cuius fauorem fit renunciatio, uel donatio, uel omissio hæreditatis, quasi pactum de succedendo intelligatur. facit text. in cap. 2. in c. constitutus de concess. præbendæ, & in cap. detestanda, & in c. ne captandæ. de concess. præben. libro sexto, & licet pactum de non

2 succedendo firmetur iuramento. cap. quamuis pactum, de pact. libro sexto, tamen hoc

3 procedit quando pactum de non succedendo fit cum eo, de cuius successione agitur, uel cum alio de uoluntate ipsius; nam tunc tale pactum neque est contra bonos mores, neque contra publicam, sed tantum contra priuatam utilitatem esse intelligitur, ut tenent Bart. in l. si quis pro eo. in fi. princ. ff. de fideiussor. Abb. numero trigesimo. Imol. numero octuagesimoquinto, & Alciat. numero 192. in c. cum contingat. ex. de iure iur. secus si fiat contra uoluntatem eius, de cuius successione agitur, uel eo non consentiente, uel eo ignorante, nam tunc cum ex parte recipientis pactum sit de succedendo, & sic contra bonos mores, tale pactum, neque etiam iuramento firmatur, cum iuramentum contra bonos mores non sit obligatorium. cap. non est obligatorium. de reg. iur. in 6. & ita tradit Bald. in consilio 437. volumine primo, quam opinionem sequuntur Petr. de Ancharan. Ioann. de Imol. & Dominicus in dicto capitulo, quam ius. Raphael. Cuman. Alexand. & Ias. in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de uerbor. obligat. Petr. de Ancha. in consilio trigesimonono. Guid. Pap. in consilio 162. Fulgos. in consilio septuagesimotertio. Socin. in consilio octuagesimotertio, uolumine tertio. Lauren. Calcan. in consilio trigesimotertio. Bertrand in consilio sexagesimonono, in consilio 141. volumine primo, & in cons. 126. uolumine secundo, Aym. Craue. in consilio quadragesimosecundo, in fi. & in consilio 127. numero quinto, Aretin. in l. qui superstitis. columna quarta.

quarta.ff. de acquirend. hæred. Georg. Natt. in dicto capitul. quamuis columna decima, Hieron. Cagnol. in repet. l. fin. numero 101. C. de pact. Alexand. in consilio 155. volumine septimo.

Et quando fit cum consensu eius, de cuius successione agitur, tunc si iste cõsensum reuocet, & uelit sibi succedi, ne dum testando, sed etiam ab intestato, renunciatio non habet locum, sed erit pro non facta, ut pulcre decidit Bald. in cap. ad nostram. il 2. de iure iur. & in dicto consilio 437. quem Alexand. & Ias. in d. l. stipulatio hoc modo concepta. sequuntur. Petr. de Ancharan. in consilio 403. incip. uiso diligenter tenore donationis. Felin. in capitulo primo, de iure iur. columna tertia. Guliel. Benedic. in cap. Raynutius. in uerbo, duas habens filias num. 288. ext. de testamen. Dec. in l. pactum, quod dotali. C. de collat. Francis. Purpurat. in l. fin. num. 187. C. de pact. Rodoric. Zuares. in l. quoniam in prioribus in 5. limitat. ad l. Regiam. C. de inofficio. testamen. & Carol. Molin. in addit. ad cons. Alex. in d. cons. 155. uol. 7. quæ opinio in d. l. fin. C. de pact. probatur, & ibi Bolognet. num. 57. eandem sequitur opinionem.

Et hoc præmisso constat, quòd iste renunciationis contractus respectu Dominæ V. continet in effectu pactum de non succedendo in hæreditate sui patris ab intestato sibi post eius mortem obuenturæ, respectu uero patruorum, quibus renunciauit, pactum de succedendo in hæreditate uiuentis post eius mortem continere dicitur, istud pactum respectu Dominæ V. propter iuramentum cõfirmatur uirtute d. c. quamuis de pac. libr. 6. respectu vero patruorum propter consensum Domini Ludouici, de cuius successione agitur, firmum remanet uigore l. fi. C. de pact. qui Dominus Ludouicus potestatem reuocandi eius præstitum consensum usque ad mortem habet.

Hoc sic præmisso pro faciliori intelligẽtia dubiorum, condescendendum puto ad primi dubij resolutionem, an huiusmodi renũciatio respectu patruorum, qui in instrumento renunciationis non interuenerunt ualeat.

4 In hoc primo dubio prima facie dicendum uidetur, talem renunciationem respectu absentium etiam ualere. quia licet absenti donatio facta non valeat. absenti. ff. de donat. Castrens. Alexan. & Ias. in l. 1. ff. de cond. indeb. Ferrarius, & Gul. Mainer. in l. cuius per errorem. ff. de reg. iur. & absenti ex aliquo pacto obligatio acquiri non possit. l. si quis. C. de donat. l. si ego. ff. si certum petatur. l. in omnibus, in ultim. ff. de actio. & oblig. ta-

5 men quando notarius pro absente stipulatur, tunc absenti ex dicta notarij stipulatione sine cessione quæritur actio, etiam si non sequatur ratificatio illius, cuius fauore facta est stipulatio. Alexand. in consilio quinquagesimotertio, numero quarto, uolumine 7. Aret. in consilio 74. Felyn. in cap. olim, in v. columna in septima fallent. in fi. de rescript. Bertrand. in consilio quinquagesimosexto, columna secunda, in fi. & sequent. uolumine primo, ubi asserit istam esse communem opinionem, & de consuetudine seruari. Ruyn. in consilio centesimodecimonono, in consilio 126. & in consilio 172. uolumine primo, in consilio quadragesimoprimo, in consilio quadragesimoseptimo, & in cons. 108. uolum. 5. ubi ait hanc esse communem opinionem. Corn. in cons. 50. num. 7. volum. 1. & in cons. 2. num. 3. uol. 4. Marian. Socin. iun. in cons. 67. & in consilio 127. uolum. 3. Cardinal. Paris. in cons. 69. num. 135. & 136. in cons. 14. & in cons. 42. uolum. 1. Ludou. Roman. in consilio 513. Guid. Pap. in quæst. 49. & in quæst. 222. Ias. in l. qui Romæ. §. Flauius, numero decimonono, cum seqq. ff. de uerbor. obligat. Gozzadin. in consilio octuagesimoseptimo, numero decimoquarto, Dec. in consilio 293. Boer. in decis. 272. numero quinto. Hyren. Grat. in consilio duodecimo, numero octauo, & nono, uol. 1. Socin. in cons. 262. numero decimotertio, uolumine secundo. Iul. Clar. in lib. 4. sentẽtiarum. in §. donatio q. 13. & Roland. a Valle in consilio decimonono, volum. primo, ubi hãc esse receptam doctorum sententiam confirmat, & miratur quòd Alciat. in c. cum contigat. ext. de iure iur. dicat contrariam opinionem esse communem.

Cum igitur in casu nostro Notarius stipulatus fuerit pro patruis absentibus sequitur quòd ex dicta renunciatione propter notarij stipulationem ipsis sine cessione, & sine ratificatione ius acquisitum fuerit, quæ conclusio ultra supradictas auctoritates probatur etiam multis rationibus, uerum ego omissis leuioribus referam, quæ vrgentiora mihi uidentur. Mouentur igitur Primo loco per tex. in l. 4. iũcta l. 1. cũ duab. seq. ff. rem pup. sal. uam fore inducendo ipsum tribus modis.

Primo in d. l. 1. dicitur, quòd si pupillus absens sit, uel fari non possit, quòd seruus eius pro illo stipulabitur, & vbi seruum non habeat, uel non sit unde ematur, seruus publicus pro eo stipulari debebit, & in l. 4. dicitur, nõ quasi pupillo ipso iure acquirat directam secundum gl. sed ut utilis actio pupillo detur modo sic.

6 Certum est, quòd per seruum pupilli, uel alterius actio quæritur domino absenti, & ignoranti, & eo inuito l. si seruus uetante. ff. de uerbor. obligat. & sine cessione, ut in dictis iuribus, quia penes seruum non potest per momentum residere, quæritur enim primo seruo, & deinde Domino per mediam personam eiusdem serui, ut per gloss. & DD. in lege frater à fratre. ff. de condition. indeb. & sic non potest

ex-

expectati cessio serui l. placet ff. de acqui. hæredit. Sed in d. l. r. æquiparantur stipulatio notarii,& serui excepto uno casu, quia per notarium acquiritur tantum utilis. d. l. 4. & per seruum quęritur directa domino dicta l. placet. quemadmodum igitur per seruum pupilli acquiritur directa domino ipso iure sine cessione, ita per notarium vtilis sine cessione, cũ nec penes notarium momento vtilis actio resideat secundum Bald. in l. 1. §. exigere. ff. de magistrat. conueniend. quia si resideret non posset ipse met de iure suo conficere instrumentum l. exemplo. C. de probat. quia quantum ad hoc non facit text. in d. l. 4. differentiam inter unum,& alterum, sed quo ad actionem tantum, ut supra, & per istam exceptionem probatur, quòd quo ad alia æquiparatur stipulatio unius,& alterius, cum exceptio firmet regulam in contrarium l. denique. §. fundum. ff. de fund. instruc.

Secundo inducitur in d. l. 4. dicitur, quòd licet notarius stipulari possit, tamen non quasi, ut pupillo ipso iure acquirat, scilicet directã secundum glo. sed ut utilis actio ex stipulatu detur, quod est intelligendũ ipso iure & sic ante ratihabitionem, quod probatur, quia prius dixit directam ipso iure pupillo non quæri, dũ ergo subdit, sed utilis, dictum verbum, ipso iure, quod præcedit intelligitur repetitum, quia de natura illius aduersatiue sed est, quòd qualitates casus præcedentis intelligantur repetitæ in casu sequenti secundum Bal. in l. omnes populi. ff. de iusti. & iu. circa 10. columna per not. per gl, in §. item lapille inst. de ret. diuis. & Alex. idem dicit in l. filius à patre. ff. de liber. & posth. in 5. colum.

Tertio,& ultimo inducitur dict. l. 1. cum ll. seqq. ibi notarius stipulari potest ne dum pro absente, sed etiam pro infante,& tamen durante infantili ætate non cadit ratificatio, quia consensum non habet l. quamuis. §. infans. ff. de acquirend. possess. & l. prima. C. de falsa mone.

Secundo loco principaliter mouentur per tex. in l. absenti ff. de donat. in fi. eum sic inducendo. ibi dicitur quòd si quis donet seruo absentis rem, ea intentione, ut acquiratur dominium absenti, ipsi per seruum acquiritur, ergo multo fortius idem in notario, qui seruus publicus dicitur l. non enim. ff. de adoption. & §. cum autem inst. eo.

6 Tertio mouentur ex communi conclusione, quæ est, quòd ex stipulatione Notarii acquiritur actio ipso iure sine cessione. Alex. in l. stipulatio ista. §. si stipuler. ff. de uerbor. obligat in cons. 185. uolumine 6.& in cons. 31. eo. volum. vbi dicit hanc esse magis communem opinionem. Bal. in l. Gaius. ff. de usur. ubi asserit, quòd ita communiter practicatur,& in l. non enim. ff. de adoption. ubi dicit, quòd totus mundus in practica obseruat. Corn. in cons. 50 uolum. 1. Socin. in cons. 125. in fi. in 1. uolum.& in cons. 90. uolum. 3. Dec. in consil. 407. qui dicit, quòd ita de facto,& de consuetudine seruatur. Rub. Alexan. in cons. 117. columna secunda. Bertran. in cons. 12 uolum. 1. & latius in cons. 156.& Ruin. in cons. 41. volumine 5. ubi similiter hanc esse communem opinionem affirmat.

Quarto,& ultimo mouentur ex decisione Doctorum in l. 1.& 2. C. de pact. ubi dicunt, quòd licet per simplicem renunciationem factam in absentia partis non possit ius de futuro remitti, tamen si fieret in iudicio in præsentia iudicis, prçiudicaret quando iudex tanquã publica persona nomine absentis talem renũciationem acceptaret,& in l. 2. uolunt, quod renũciatio litis motæ facta in præsentia eiusdem iudicis similiter præiudicat, si iudex tanquam publica persona recipiat nomine absentis,& sic non requiruntur Bart.& Doctores ratificationem, quas decisiones sequũtur Curt. Sen. in cons. 77. col. 1. & Ruin. in cons. 164. uolum. 5. ergo idem dicendum est in notario, cum inter notarium,& officialem non sit differentia in acceptatione, ut probat tex. in l. 1. §. planè. ff. de magistrat. conueniend. vbi sunt ista uerba formalia planè ubi seruus publicus, uel ipse magistratus stipulatur dicendum est utilem actionem dandam pupillo.

7 His tamen in contrarium adductis non obstantibus, contrariam sententiam de iure uetiorem puto, scilicet, quod ex ista renunciatione Dominæ V. Magnificis eius pątruis absentibus non sequuta ratificatione etiam stipulatione notarij nomine absentium interueniente nullum sit quæsitum ius, cum ex stipulatione notarij sine cessione nõ quæratur actio nisi sequatur ratificatio illius, cuius fauore facta est stipulatio, & non ante, quæ opinio lege, ratione, & auctoritate probatur.

Lege probatur j. per tex. in l. si ego. ff. de negoc. gest. ubi per solutionem factam negociorum gestori creditoris, non liberatur soluens, nec dominium acquiritur creditori, nisi ratihabitione sequuta, per quem tex. dixit Baldus in cons. 34. uol. 2. quòd ex facto negociorum gestoris agi non potest sine ratificatione.

Secundo per tex. in l. communis seruus. §. fi. in ultimis uerbis. ff. de acqui. possess. ubi si procurator sine mandato domini emerit prædium domino non acquiritur possessio, nisi ratam habuerit emptionem.

Et si dixeris, quòd dicta iura locum habẽt in priuata persona, non autem in notario acceptante nomine absentis, inter quas personas est maxima differentia, quia notarius potest stipulari nomine alterius,& ei acquirere utilem actionem ipso iure sine cessione, quod non est in priuata persona, quæ non esser de illis, quæ possent sine cessione quærere actionem; & ratio est in notario, quia ubi ipse stipulatur est lex, quę operatur acquisitio-

tionem ipso iure, & per Bald. in l. 1. ff. de his qui sunt sui uel ali. iu. quod non est in negociorum gestore, & in alia priuata persona, & ideo ex diuersis non fit illatio l. final. ff. de separat.

Respondeo quòd idem, quod concluditur in d. l. si ego, & in d. §. fin. dicendum est, in notario, nam ratio decisionis d. l. si ego, & quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negocium gessit, & ideo creditoris ratihabitione liberor. ex qua ratione constat, quòd cum procurator in accipiendo creditoris tantum negocium gerat, necesse est quòd interueniat ratihabitio, quæ ratio locum habet etiam in notario, quia quando nomine absentis stipulatur, absentis duntaxat negocium gerit, ergo ut illi acquisitio fiat, necessaria est ratihabitio, in d. §. fin. cum procurator sine mandato domini emerit prædium, domino non acquiritur possessio, nisi emptionem ratam habuerit, quia cum illud de eius uoluntate non fuerit, ad hoc ut sibi acquitatur necesse est, quòd constet per ratihabitionem, sic, & in notario: notarius enim stipulatur nomine absentis sine eius consensu, ergo ut absenti acquiratur, necesse est, quod de eius consensu appareat, & sic rationes dictarum legum, cum in notario locum habeant, eorum quoque decisiones locum habere concludendum est, arg. l. illud. ff. ad l. aquil. & l. à Titio. ff. de uerbor. obligat. & licet per notorium utilis actio sine cessione acquiratur, & lex dictam acquisitionem in notario operetur, tamen ad hoc ut ad plenum, & efficaciter, & irreuocabiliter omni tempore, & in futurum ista dicantur quæsita, ulterius interuenire debet ratificatio, & acceptatio ipsius donatarij, alias lex in absentem mediante notarij stipulatione ipso iure ad plenam, & efficaciter, & irreuocabiliter omni tempore, & in futurum non operatur acquisitionem.

Quæ conclusio probatur etiam ratione.

Primo. Ad ueram perfectionem contractus necessario interuenire debet consensus vtriusque contrahentis, & si non simultaneè, & eodem tempore, & instanti, saltem diuerso adesse debet, ut habetur in l. 1. & ibi omnes notant. ff. de pact. & per gl. ex illo textu in l. consensu. ff. de action. & obligat. & probatur in l. si stipuler. §. fin. ff. de uerbor. obligation. & tradunt omnes in l. 1. in princ. ff. eod. titu. & Inst. per illum text. de obligat. ex consensu cum simil.

8 Secundo probatur, stipulatio sortitur naturam eius actus super quo interponitur, & conditio quæ inest in aliqua dispositione dicitur etiam inesse stipulationi, quæ super illa dispositione inducitur. Socin. & Recentiores omnes in rub. ff. de uerbor. oblig. Rom. Aret. Alexan. & alij in l. sciendum, de uerb. obligat. * & est communis conclusio, prout tradit Rip. in d. rubr. in 9. q. num. 52. & ultra alia iura probatur in l. 5. §. conuentionales, & in l. qui sic. ff. de uerb. obligat. sed instrumentum, quod fit cum absente habet conditionem si ratificatio subsequatur, alias absenti actio non quæritur. d. l. absenti, cum alijs supra allegatis, ergo stipulatio, quæ super eo contractu interponitur, & in quo notarius pro absente stipulatur, naturam eius, super quo interponitur sortitur, igitur uti actus principalis ad acquisitionem iuris habet conditionem, si ratihabitio sequatur, ita & hæc stipulatio a notario pro absente facta habet hanc conditionem, & qualitatem si ratihabeatur per absentem actus à notario celebratus, & re uera, hæc est uerissima conclusio, quæ probatur etiam auctoritate ita tenent Paul. de Castr. in cons. 195. & in cons. 171. uolum. 2. Salycet. in l. Gaius. ff. de usur. Bald. in l. nec ei. §. satisdatio. in fin. in 6. qō. ff. de adoption. Alberic. And. da Pil. & Gul. de Cun. in l. non enim. §. eorum. ff. de adoption. Alex. in l. stipulatio ista. §. alteri. nu. 2. ubi dicit communem, de uerb. obligat. Cardin. Paris. in cons. 77. uolum. 1. Soc. in l. 1. §. si iusserim. num. 11. ff. de acqui. possess. Dec. in l. contractus. num. 16. ff. de reg. iur. in l. certe con dictio. §. si nummos. num. 2. ff si cert. petat. in cons. 216. in cons. 226. in cons. 464. in cons. 531. in cons. 586. & in cons. 661. Bertrand. in cons. 79. colum fin. uolum. 2. & in eod. uolum. in cons. 116. & in cons. 304. uolum. 3. Cassan. in cons. 7. colum. 8. & in consil. 59. colum. final. Grat. in cons. 25. num. 37. in cons. 67. colum. 2. & in cons. 127. colum. final. uolum. 1. Marian. Socin. iun. in cons. 126 uolum. 2. Ruin. in consil. 174 & in cons. 121. uolum. 1. Cagnol. in l. quo tutela. §. nec paciscendo. num. 2. ff. de reg. iur. ubi affirmat hanc esse communem Doctorum sententiam, in l. si librarius, num. 64. ff. de reg. iur. ubi similiter ait hanc esse communem opinionem, & totum mundum eam obseruare, & in l. final. sub num. 273 in uers. aduertendū est. C. de pact. Ang. in cōs. 71. statuto. Arer. in consil. 95. Alciat. in c. cum contingat nume. 234. vbi dicit communem extra de iure iur. & in lib. 3. parergon. cap. 3. Curt. iun. in consilio 55. num. 9. & in consilio 52. nume. 12. & in cons. 120. colum. 2. Baner. in tract. de virtute iuramenti colum. 5. in 2. effectu. Tiraq. in tract. de constit. possess. in 3. par. limit. 30. nu. 10. & seq. Gasiaul. in rubr. num. 84. ff. de verbor. obligation. Marc. Anton. Natta in cons. 315. lib. 2. & in eo. libro in cons. 253. & in cons. 645. num. 10. uolum. 4. Afflic. in constit. regni in const. baiulos omnes nume. 44. Couarru. in rubr. de testamen. in 3. par. nume. 13. & hęc opinio hodie est ma-**gis communis, & magis recepta scribētium sententia, & crebrior opinio, vt tradunt, & eam sequuntur Carol. Molinæ in addit. ad Alexand. in consil. 31. columna penultima, uolum. 6. Anton. Gabriell. in suis commun. opin. in lib. 3. de uerbor. obligat. conclus. 1. nu. 100. & Francis. Viuius in suis commun. opinio. in uerbo, donationem. ubi dicit

fatuum

fatuum esse ab hac opinione recedere, quā opinionem etiam sequitur, & communem affirmat Riminald. in rubr. Inst. de donatio. numer. 14. & eam etiam sequuntur Bald. in cons. 200. verba Cyni. volum. 2. Rub. in l. nō solum. §. morte, num. 9. & 95. ff. de oper. noui nunciat: & in consil. 132. & Bald. in §. 1. Inst. de donatio. vbi ait quòd cum hic iuris articulus esset in scholis Iurisperitorum admodum controuersus, perspicuè definitus fuit à Francisco Galliarum Rege edita in eam rem anno 1539. constitutione, & Cagnol. in l. fin. num 95. C. de pact. Et hæc ratificatio adeo necessaria est, vt ante ratificationem possit donans vel cedens donationem seu cessionem reuocare. Pau. de Castr. in l. illud circa fin. C. de sacrosanct. Eccles. & in cons. 182 volum. 1. Alciat. in d. c. cum contingat, num. 224 & seq. de iure iur. vbi dicit magis communem opinionem Paris. in cons. 77. Curt. iun. in cons. 55. num. 9. & seq. Ruyn. in cons. 121. colum. 2. & seq. & in consil. 174. colum. 3. vers. sed ex alio, volum. 1. Grat. in cons. 67. & in cons. 127. vol. 1. Cassa. in cons. 7. colum. 8. Dec. in cons. 464. in cons. 531. & in cons. 586 Bald. in dicto §. satisdatio. & Socin. in dicto §. si iusserim. Cagnol. qui dicit communem in d. l. quo tutela. §. nec paciscendo, numero secundo, & in l. si librarius, numer. 64. ff. de reg. iur. Io. Anton. Rub. Alexan. in cons. 132. per totum, & hæc hodie est magis communis opinio vt tradit Anton. Gabriell. in suis communib. opinio. lib. 3. de verb. obligat. conclus. 1. numer. 102. Immo hæc ratificatio non potest fieri per hæredem Donatarij in præiudicium hæredis donantis, vel alterius in quem res per donantem esset translata. Paul. de Castr. in cons. 195. volum. 2.

Non obstant modo in contrarium adducta, & primo non obstat inductio facta ad d. l. 4. iuncta l. eum duabus ll. seqq. quia dicta iura non dicunt ratificationem subsequi non debere, igitur debent intelligi secundū alias leges loquentes consensum requiri, & de eo debere constare, & acceptatio infantis pro quo notarius stipulatur, & aliorum absentium subsequi debet tempore suo, & à suis principalibus, seu ab alijs gerentibus eorum negocia, & si non verbis saltim facto, & re ipsa, eum voluntas ne dum verbis, sed 9 & facto declaretur. l. Paulus. ff. rem rat. habere. & l. reprehēdēda. C. de institut. & substitut. & æquiparatio quæ fit ibi de seruo, & seruo publico non fit per modum regulæ, ideo dispositum in uno non potest dici quòd sit in altero dispositum, cum ab æquiparatis licitum sit arguere, quando fit per modum regulæ æquiparatio, aliàs secus. l. prima, & ibi Dd. omnes. ff. de legat. primo, nec quod dicitur in dicta l. si pupillus, dicitur per modum æquiparationis, sed per modum decisionis, concludendo quòd pro pupillo, seu absente stipulatur seruus, sed si illum non habet, nec vnde emat, quod tunc pro eo seruus publicus stipulatur.

Quod per seruum acquiratur directa, per seruum publicum vtilis, non fit per modum exceptionis, quasi uelit inferre text. quod præterquam in hoc casu in reliquis stipulatio serui, & serui publici æquiparatur, noluit enim hoc dicere Iurisconsultus, sed sequendo ordinem decisionis, voluit decidere quòd per seruum publicum vtilis, & non directa actio quæritur, nam dicere illud esse per modum exceptionis est diuinare, nec illa dictio, sed in dicta l. quarta, est repetitiua illius orationis ipso iure, sed solum acquisitionis, voluit enim ibi dicere text. non quasi ipso iure pupillo acquirat, idest non acquirit ipso iure pupillo directam actionem, immo neque etiam ipso non iure directam acquirit actionem, & ideo volens hoc demonstrare dicit, neque etiam acquiritur, & sic nullo modo per seruum publicum acquiritur directa, sed vtilis, textus enim voluit dicere per illa verba ipso iure, & deindè per illa alia verba neque enim acquiritur, quod directa nullo modo acquiritur, sed utilis, & sic aliquo modo datur pupillo actio ex stipulatu, & hoc est, quod re nera noluit ille text. significare.

Præterea d. l. 1. 2. 3. & 4. non loquitur in Notario, vt Accurs. & alij putant, quod patet, quia ille seruus publicus admittitur in subsidium ad stipulandum, si seruum pupillus non habet, nec vnde emat, & tamen notarius passim pro alio stipulatur. Bartol. Bald. Castrens. & alij in l. prima, §. huius studij. ff. de iusti. & iu. loquitur igitur de seruo publico, hoc est Reipublicæ, qui sic appellatur in l. prima, §. seruum municipum. ff. de quæstion. & in l. prima, C. de seru. Reipub. & est gl. notabilis in l. prima, C. de solut. & liberat. delict. ciuil. libro vndecimo, & sic dicta iura declarant Gul. de Zuzzar. Gab. de Osell. & Iacob. Butrigar. in l. prima. ff. de his quę sunt sui vel ali iu. quos refert. Alberic. in dicta l. non enim, & Tiraquell. in loco citato, numero trigesimosecundo, & ille seruus Reipublicæ pupillo datur ad stipulandum, quia cum seruum non haberet, nec nnde emeret, prouidendum ei erat de publico, & mediante pecunia publica, l. prima, §. ait prætor. cum ibi notatis. ff. de postuland. unde multo magis Respubl. tenetur subuenire proprijs seruis ad illum actum, arg. glos. final. in l. hæ operæ. ff. de oper. libert. ut quę seruus proprius domino inuito, & ignoranti quærit. §. item vobis. Inst. per quas pers. nobis acquirit, & l. seruus vetāte. ff. de uerb. obligat.

obligat. sic etiam debet in hoc republicæ loco proprij subrogato.l.si eum.§.qui iniutiarum.ff.si quis caut.

Non obstat secundum fundamentum, quia in d.l.absenti.ultra donationem, interuenit,etiam traditio:sed quando non interuenit,secus est,& ratio differentiæ est, quia facilius acquiritur nobis per actum naturalem,ut est traditio. per quam acquiritur dominium,& possessio,quam per actum ciuilem,puta ut est stipulando,l.ea quæ ciuiliter. ff.de acqui.rer.domin.& tradit Pau. de Cast. in l.qui mihi donatum. ff. de donatio.

Tertium fundamentum non obstat,quia licet sine cessione ex stipulatione notarij quæratur nobis actio, tamen hoc intelligitur dummodo subsequatur ratihabitio, pro ut est cōmunis opinio,& supra demōstraui.

Quartum,& ultimum fundamentum similiter non obstat.quia illud procedit quando fit renunciatio in forma iudicij,& in iudice pro absente acceptante, factum enim Iudicis dcitur factum partis.l. si ob causam. C. de euict on.& ideò perinde est ac si pars præsens esset,& acceptasset,quod secus in notario,cum non tantam auctoritatem habeat; nam factum notarii non dicitur factum partis absentis; & licet quò ad acquisitionem in genere æquiparentur, tamen quoad modum acquirendi differunt; cum notarius licet sine cessione tamen sine ratihabitione non acquirit,tum propter defectum consensus absentis,cuius consensus ad plenam perfectionem contractus requiritur, tum quia eius stipulatio sortitur naturam actus super quo interponitur.

10 Hec conclusio procedit etiam si in donatione,cessione,seu renunciatione ultra notarij stipulationem interuenit etiam iuramentum,nam adhuc necessaria est ratificatio, ut tenent Cardin. Paris. in consilio septuagesimoseptimo,volumine primo. Ruyn.in consilio 121. & 174. uolumine primo. Bauer.in tract.de uirtute iuramen.columna quinta,in 12.effectu.Dec.in cons.432 colum.fi. Cagn. in l.fin.C.de pact.& ibi Bolognet.num.149. & Molin. in addit. ad Alexand. in consilio centesimooctuagesimoquinto,in l.D.uolumine sexto, ubi dicit quòd uirtute iuramenti acquiratur absenti,non est uerum nec practicatur.

Quæ conclusio probatur, quia iuramentum recipit illas tacitas conditiones, quas capit actus principalis, super quo interponitur l.fin.C.de non numer. pecun.c. quemadmodum,& c.peruenit.ext.de iureiur.

Vltra omnia supradicta est animaduertendum, considerando, quòd quando istæ renunciationes fiunt per mulieres,& maximè minores, illas faciunt ad contemplationem patris, & nesciunt quid faciant, sed minis, dolosisque persuasionibus inductę,ac etiam per metum reuerentialem inducuntur ad renunciandum, & patet antequam contractus per notarium stipuletur facit sine præsentia filiarum scribere contractum notario eo modo, quo ipse uult, & post quàm scriptus est,facit uenire filius,quæ propter earum ignorantiam,ac propter metum reuerentialem sæpè numero etiam præcedentibus minis,dolosisque,& fraudolentibus persuasionibus acceptant quicquid dicit notarius nō intelligentes clausulas, & uim ipsarum, & sic notarius non apponit dictas clausulas de uoluntate,& consensu mulierum renunciātium,sed potius ex quodam stilo notariorū, ipsorumque consensu, ut in simili specie fatentur Bar.in l.1.6.q.ff.de in.codicill Bal. in l. quoties.C. de hæred. instit. Imol in l. ultim. ff.quemadm.testam.aperiant. Dec.in consil. 180.columna penultima, & in consilio 399. Abb.in c.cum contingat.numero uigesimo quarto. ff. de iureiur. & plures alij, quos ad nauseam usque citat Tiraquell l si unquam in princ.numero 122.C.de reuocand. donation. dicens hanc opinionem communem esse,idem fatetur Grammat.in decis. 62.numero uigesimosecundo, & licet non desint qui contrariam sequuntur sententiam, qui uolunt quòd consueta apponi in instrumentis censeantur ex contrahentium uoluntate à notariis expressa Bald.per tex.ibi in l final. C.de fideiussorib.Soccin. columna penultima,in l. Gallus §. idem credendum.ff. de lib.& posthum. Socin.in cons. 101. uolumine tertio,& Cotta in ultimis memorialibus in dictione Notarius tamen in casu nostro ego non dubitarem concludendum ex stilo notarii, & non de uoluntate mulierum renunciantium dictas clausulas appositas fuisse,& qui scit,& uidet negocia mundi poterit considerare an uera sint quę scribo.

Ex prædictis igitur concludo hanc renunciationem per Dominam V.suis patruis absentibus factam sine ratificatione ad plenū, efficaciter, & in reuocabiliter omni tempore,& in futurum non ualere,& eam Domina V. reuocare potest, & per hęredes dictorum patruorum non poterit ratificari in præiudicium Dominæ V. & hæredum ipsius.

Deueniendo ad secundum dubium sciēdum est quòd in dicta renunciatione interuenit enormissima læsio,cum pro mille, & ducentis ducatis, lecto, & bonis mobilibus, quę ad ualorem tricentorum ducatorum ascendere possunt,& sic in totum pro mille, & quingentis ducatis renunciauit hæreditati paternæ, que duodecim mille ducatos ualebat, & hodie multo plus ualet. & sic nec integram habuit legitimam, cum eius legitima esset tertia pars totius hereditatis, cum sit unica patris filia, & sic quatuor mille ducati sunt le-

legitima eius, ex hoc constat, quòd tam respectu legitimæ adest enormissima læsio, cum fraudetur in bis mille, & quingentis ducatis, quam etiam respectu totius hæreditatis, cum defraudetur in ducatis decem mille, & quingentis.

Dubitatur igitur, an stante ista enormissima læsione renunciatio petita prius absolutione à iuramento in totum rescindatur.

In hac quæstione ommissa disputatione, & concluisuè procedendo, concludendum est mulierem istam Dominam V. stante ista enormissima læsione posse venite contra istam renunciationem statim petita absolutione à iuramento, ipsamq; rescindere posse; nam dispositio c. quamuis de pact. lib. 6. cessat quotiescumque filia, quæ renunciauit ut in casu nostro enormissimè fuit læsa, quę conclusio auctoritate, & ratione probatur. Auctoritate probatur.

10 Ita tenenr Anchar. in c. 1. de constitut. in reg. accessorium de reg. iur. in 6. in dicto cap. quamuis in 2. not. & in disputatione sua incip. cap. Laicus in consil. 38. 83. 180. 339. & in cons. 375. Federic. de Sen. in cons. 199. Calderin. in cons. 180. Aretin. in cons. 92. Barbat. in consilio vigesimoprimo, columna quarta, volumine primo, & in consilio quinquagesimotertio, volumine secundo. Felyn. in c. præsentia, columna quarta, ubi dicit istam communem opinionem, de probatio. Bald. in rubr. C. de rer. permutat. colum. 1. & in c. 1. colum. 3. vers. item sacramenta. colum. 2. in fi. & seq. de pac. iur. firman. Paul. de Castr. in cons. 174. volum. 1. & in cons. 259. uolum. 2. Alex. in l. stipulatio hoc modo concepta. col. 3. vers. 3. limita. ff. de verb. oblig. & in consil. 89. uol. 2. & in cons. 213. uol. 7. Rip. in lib. 3. responsor. in tit. de donat. responso 4. Dec. qui dicit istam partem communem, in l. pactũ, quod dotali colum. 3. C. de collat. & in cons. 45. in consil. 180. vbi dicit istam opinionem communiter approbari, in cons. 181. 551. 379. vbi dicit istam opinionem communem in cons. 616. 86. 230. 203. & in cons. 216. & in c. in præsentia ext. de probationib. Soci. in consilio 20. uolumine tertio, in cons. 263. in secundo volumine. Corn. in consil. 166. volumine primo, in consilio 167. volumine secundo, in consilio vndecimo, in cons. 124. in cons. 214. volumine tertio, in cons. 147. in consil. 179. & in cons. 258. uolumine quarto. Ias. in cons. 160. uolumine secundo, & in cons. 133. uolumine quarto, vbi dicit istam esse magis communem opinionem. Anton. de Butr. in c. cũ contingar. columna octaua, vers. quartus casus, & ibi Abb. colum. 16. in uers. nonus casus, de iure iur. Io. Anton. Rubeus Alexandrinus in cons. 101. Cœpoll. in cons. ciuili 17. Calcan. in cons. 33. Bertrand. in cons. 181. uolum. 1. in cons. 72. & uolumine secundo, & cons. 291. volumine tertio. Cassan. in consil. vltimo columna penultima. Gualdens. in caut. 19. in tit. de acquir. hæredit. Curt. iun. in consilio quinquagesimotertio, vbi affirmat hanc esse magis commuuem opinionem, & in cons. 141. Gozzadin. in consil. 97. Guid. Pap. q. 224. Marian. Socin. iun. in consilio quadragesimooctauo, & in consilio septuagesimoseptimo, uolumine primo. Grammat. decis. 103. Paris. in cons. 75. uolumine 3. Ruyn. in cons. 106. num. 19. in cons. 135. numero 16. & in cons. 170. volumine primo, & in cons. 60. uolum. 3. Afflict. decis. 322. Ioan. Cœphal. in consilio trigesimoquarto. Cagnol. in l. fi. C. de pact. & hæc hodie est magis communis opinio, ut tradit Antonius Gabrielii in suis commun. conclusion. libro tertio, tit. de iur. dot. & dot. promiss. conclusio. prima.

Et hæc conclusio indubitanter procedit, quando esset minor mulier, quæ iurasset Ruyn. in consil. 170. num. 23. volum. 1. & in consil. 60. uolumine 3. Grammat. cons. ciuili 127. col. 1. & seq. & etiam absque difficultate procedit, quando læsio esset nimium excessiua, ut puta si esset ultra triplum, vel quadruplum, prout est in casu nostro. Grat. qui dicit communem in cons. 109. uol. 1.

11 Et si dixeris secundum Paris. in consil. 26. uolum. 3. quòd omnes prædicti Doctores loquuntur, quando mulieri, quæ renunciauit delata erat hęreditas, nam tunc propter enormissimam læsionem relaxatur iuramẽtum, & actus rescinditur, & in hoc casu non habet locum d. c. quamuis. sed secus est, quando renunciauit in manibus patris hæreditati non delatæ, idest hæreditati ipsius patris eo uiuente, & sic recepta dote; nam tunc licet consideratis bonis, & hæreditate paterna tempore, quo pater moritur, ipsa reperiatur enormissimè læsa, tamen non potest eam rescindere, nec petere absolutionem à iuramẽto, ut probatur in d. cap. quamuis ibi, nullum ad bona patris habere regressum; nam filia non potest dici enormissimè læsa, cum pater ita uoluerit, & disposuerit, & de iure id facere sibi permissum sit, ut latè tradit Aymon. Crauet. in cons. 114.

Pro resolutione huius dubij duo sunt præmittenda.

12 Primo, quòd filius qui uocatur ad successionem patris ab intestato dicitur eo uiuente habere spem probabilem; & licet hęc spes à uoluntate ipsius uiuentis dependeat, tamẽ adhuc dicitur habere probabilem spẽ, quod patet ex hac ratione.

Debitum conditionale ex conditione potestatiua dicitur dependere à uoluntate alterius, & tamen dicitur uera spes l. pecunia. ff. si certum petatur, & l. quidam cum filium. §. fi. ff. de uerbor. obligation. cum vulgar. & ita concludit Bolognet. in l. fin. numero centesimoquinquagesimonono, C. de pact.

Secundo pręmittendum est, quòd inspe-

cto tempore mortis patris Domina V. dicitur enormissimè læsa, quod tempus est magis considerandum, quam tempus renunciationis quę prius effectum nō sortitur quàm hæreditas potuerit renunciantibus esse delata, ut tradit Ruyn. in cons. 204. numero secūdo, & octauo, uolumine primo, & cōfirmat Ioannes Cœphal. in consilio trigesimoquarto, & in cons. 142. Socin. in cons. 183. uolum. 2. Rip. n lib. 3. responsorum super. ff. nouo in tit de donat. cap. 6. num. 11. Rolādi a Valle in cons. 11 numero secundo, uolumine primo, nam renunciatio ista censetur facta sub tacita conditione, si renuncianti hæreditas defeatur, quæ non potest dici delata, nisi post mortem, quæ conclusio comprobatur, quoniam ex ista renunciatione agitur de excludenda filia à successione etiam respectu legitimæ, cuius calculationis respectu spectatur tempus mortis, quo potest succedi, & quo illa debetur, secundum Dec. in cons. 276. & alibi per Doctores relatos per Paris. in consil. 26. nu. 92. uol. 3.

Ex istis respondetur oppositioni. Primo, quòd non est uerum, quòd in casu nostro agatur de iure quęrendo, ut Paris. & Aymon Crauet. prę supponunt, sed agitur de iure delato, & sic renunciatio est de iure delato, & competenti, siue quæsito, quo in casu omnes Doctores supra scripti considerant propter enormissimam læsionem contractum rescindi.

Secundo respondetur, quòd Doctores supra scripti loquuntur in materia c. quāuis de pact. li. 6. quæ materia est de iure quærēdo, & non de iure quæsito, in quo iure etiam enormissima læsio contingere potest spe futuræ acquisitionis, & ideo contractus rescinditur, ut tradit elegantissime Couarru. in repet. c. quamuis in §. 4. tertiæ partis prælectionis. de pact. lib. 6. num. 3. & sub num. 6. in uers. septima conclusio. & Ioannes Cœphal. in dicto. cons. 35. & 142.

Et ne erretur animaduertendum est, nam aut uolumus dicere ualere renunciationem uirtute simplicis iuramenti. propter. d. cap. quamuis, aut ualere etiam si iuramentum interpositum non fuisset uigore contractus, cum in eo actum sit de hæreditate uiuentis eo consentiente, qui contractus de iure dicitur ualidus l. fin C. de pact.

Si secundo casu loquitur, & tunc cum mulier enormissimè læsa fuerit, potest contractum renunciationis rescindere uirtute l. 2. C. de rescind. uendit. & sic retendo, uel contractum rescindi, uel ad supplendum iustum pretium, & ita in specie tenet Couarru. in d. c. quamuis. in §. 4. tertiæ part. prælect. num. 6. in uers. quarta conclusio. & in uers. sexta ex præmissis colligitur conclusio. & in uers. septima conclusio. & ratio est, quia d. l. 2. habet locum in omni contractu bonæ fidei. & iam si in eo interuenit stipulatio. Bart. Bald. Ang. Paul. de Castr. Salycet. Cagnol. & alij communiter in dict. l. 2. Ias. in l. de quibus numero uigesimonono, ubi dicit communem opinionem. ff. de ll. & in l. si quis cum aliter. numero decimooctauo, ff. de uerb. oblig. Corn. in consilio 240. columna penultima, uolumine quarto. Gozzad. in consilio quadragesimoquarto, colun. fin. & Guid. Pa. in singul. 736. immo, quando interuenit dolus ex proposito, pro ut est in casu nostro, ut infra demonstrabimus nō habet locum remedium dict. l. 2. quatenus disponit, ut sit in facultate emptoris, uel rem restituere, uel supplere iustum pretium, quia interueniente dolo ex proposito tenetur emptor omnino rem ipsam restituere, ut no. Paul. de Castr. in d. l. 2. columna prima, immo quando læsio maiori, uel minori contingens ultra dimidiam iustæ æstimationis, simul cum metu reuerentiæ, & obsequii paterni operatur contractus rescissionem, ut ea fiat ratione metus. licet iuramentum conuentioni accesserit. tradit Couarru. in d. c. quamuis. in §. 4. tertiæ partis prælect. n. 7. ubi alios Doctores allegat. quod procedit in casu nostro, ut infra demonstrabo, & sic dictus contractus potest ex pluribus capitibus rescindi.

Si primo casu loquimur, & tunc non obstat iuramentum ex pluribus, & istæ sunt rationes, quæ probant nostram opinionem.

23 Prima ratio est. Dictum c. quamuis non habet locum quotiescunque filia ad renunciandum dolo inducta fuit, ut ibi dicitur, & ratio est, quia nulla dispositio quantumcunque generalis casum includit in quo dolus interuenerit l. creditor. § Lucius. ff. manda l. si pater. ff. quæ in fraud. credit. quæ conclusio locum habet etiam in dolo præsumpto. qui dolus præsumptus, & uerus ad contractum rescindendum æquiparatur l. 1. in fin. de doli except. l. si quis. cum aliter. ff. de uerb. oblig. Dec. in consilio trigesimonono, in consilio septuagesimo, & in consilio 479. Socin. iun. in consilio quinquagesimo, uolumine tertio, nam dolus re ipsa, & dolus ex proposito æquiparantur quantum ad impediendum uires iuramenti, ut latissime multos doctores allegando citat Rip. in libro 3. respons. in tit. de donatio. respon. 4. nu. 10.

Sed ex ipsa enormissima læsione tantum præsumitur dolus ex proposito, ut est magis communis opinio, ut tradit Anton. Gabriel. in suis commun. opin. libro 2. de arbitr. conclus. 3. numero quadragesimonono, ergo contractus rescinditur, & iuramentum non habet uires.

Secunda ratio est, quia dispositio dicto c. quamuis non procedit ubicunque renunciatio est meticulosa, aut reuerentialis, respectu personæ, cui fit. iux. l. prima. §. quæ honorandæ. ff. quar. rer. actio non det. & licet alias necessariæ uideantur minæ, ut plenè

habetur per Afflic.decis.69.in fi.tamen,quãdo filia, quæ patri renunciauit patitur damnum enormissimum, ob hoc solum præsumitur renunciasse ob paternam reuerentiã, & renunciatio rescindi potest. Dec.in l. pactum,quod dotali num.7. C.de collat. & in c.causam matrimonii num.6.ff. de offic. delegat.Paul.de Castr.in cons.174.in 1.volum. Roman.in l.si cum dotem.§.eo autem tempore, & l. quæ dotis.ff. solut. matrim.per l.si fideiussor. §. si pater. ff. de pignor. Socin. in consil.263.uolumine secundo, Curt. iun. in cons.141.Cardin.Paris.in cons.26. nume.65. in 3. uol. & hoc indistinctè uidetur verum si mulier minor illis renunciat cum quibus habitabat renunciationis tempore,& ex ipsa renunciatione immodicè læditur. Ruyn. in cons.270. volumine primo,& in consilio 60. volumine tertio.

Sed in casu nostro Domina V.erat minor & renunciauit patruis, cum quibus habitabat cum consensu patris,& ad eiusinstigationem, & enormissime læsa fuit, ergo non obstante iuramento renunciatio rescindi potest.

Ex prædictis igitur patet, quòd nonobstante iuramento propter enormissimam lęsionem rescinditur cõtractus dolosè,& meticulosè factus, & per consequens ea non obstante admitti debet ad successionem patris.

Circa tertium, & vltimum dubium non esset insistẽdum, cum in totum rescindatur renunciationis contractus,tamen pro maiori declaratione dicas non esse dubium posse peti supplementum legitimæ, cum in ea enormissimè læsa fuerit,prout tenent Ioann. Cœphal.latissimè in consilio trigesimoquarto,& in cons.142.& Grammat.in decis. 101. & 102. rationes suprascriptæ faciunt etiam pro hac conclusione. Et prout supra dixi,dico,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

SUMMARIUM.

1 *Testamentum imperfectum,imperfectum esse respectu deficientis uoluntatis pluribus,sed duobus præsertim modis declaratur, & nu.2.& 8.*

3 *Scriptura,& publicatio testamenti per notarium non est de necessitate,quando testator curam notario,& testibus suam uoluntatem declarauit. declaratur per quatuor casus nu.4.5.6.7.*

9 *Differentia inter ius ciuile, & canonicum circa testes in testamento.*

10 *Regulares examinari non possunt,& examinati non probant in testamento absque licentia suorum superiorum.*

11 *Vt testes probent in testamento, articulandum, & probandum est nos esse idoneos, & omni exceptione maiores, & nu.18.*

12 *Idoneus, quòd sit testis, & omni exceptione maior, quando requiritur a iure, huiusmodi qualitas articulanda,& probanda est,quod declaratur num.13.14. 15.16.17.*

18 *Numerum tertium in testamento introductus est non solum ad probandum, sed etiam ad auferendas falsitates.*

19 *Mulier non potest esse testis in testamento.*

20 *Imperfectum testamentum ratione deficientis voluntatis non ualet circa legata,& disposita in fauorem legatariorum,etiam si sit factum inter liberos, vel ad pias causas,& nu.22.24.25. Imperfectum uero rationi solemnitatis,quoad extraneos suo nullo habetur.nu.21.*

22 *Cæptum,& non completum testamentum,an valeat circa disposita concernentia pias causas.*

23 *Cæptum factum ob sanguinis effectionem etiam pauperibus non dicitur ad pias causas.*

24 *Ex imperfecto testamento,& ab intestato, an hæredes saltem obligati sint in foro conscientiæ persolue relegata,& ad ea persoluenda per denunciationem euangelicam cogi possint, & nu.25. 26.*

27 *Testator grauiter ægrotans,si molestijs affectus consecerit testamentum coniectura est testamentum esse metu factum.*

Consilium XLII.

Marianus Mattotij dum maxima infirmitate præmeretur fecit conuocare notarium pro conficiendo testamentum,ut unus testis deponit, & quando notarius accessit,inuenit eum dormire, & maximum habere letargum,& pars,ut testaretur,mittebat pinnas ad narices,& dum eo modo excitabatur,dicebat unũ uerbum,& deinde dormire reincipiebat,denuo pars mittebat pinnas ad narices, ut condere posset testamentum, & dum excitabatur, dicebat, proferebatque aliqua alia uerba,quibus prolatis,iterum dormire reincipiebat,& dum ita grauaretur,& molestabatur superuenit accidens, propter, quod non potuit amplius loqui, & sic notarius non potuit scribere, leggere, & publicare testamentum, deinde uitam cum morte commutauit. Præsupponitur,dum a notario interrogaretur reliquisse tribus mulieribus consanguineis ducẽtos ducatos pro qualibet ipsarum pro earum dote, dictęque mulieres coram Reuerendo Vicario Aquilano conuenerunt hæredes ab intestato dicti Mariani, petendo eos per denunciationem euangelicam cogi ad soluendos ipsis mulierib. ducatos ducentos pro qualibet ipsarum relictos,fuit petitum,quid iuris.

Pro resolutione huius difficultatis fuit primo dubitatum.

An hoc,quod pars appellat testamentum esset imperfectum ratione deficientis uoluntatis.

An uero solum ex causa deficientis solemnitatis.

Secundo, an saltim valeat, quoad legata, & disposita.

Tertio An per denunciationem euangelicam hæredes cogi possent,& sic, an in foro conscientiæ teneantur soluere dictos ducatos ducentos ipsis mulieribus,id est,pro qualibet ipsarum.

In Primo dubio ommissa disputatione ad partes concludendum est.

Hoc quod a parte testamentum appellatur,esse imperfectum utroque modo,& ratione deficientis uoluntatis,& ex causa ommisse sollemnitatis.

Quod primo modo imperfectum dicatur probatur hac consideratione.

1 Testamentum Imperfectum respectu deficientis uoluntatis pluribus modis a Doctoribus consideratur,& inter alios.

2 Vnus est,quando interrogatus a notario qui uult testari dicit nonnulla,& incontinenti postea uel moritur,uel amplius loqui non potest, & sic tempus scribendi, legendi, & publicandi ultimam eius uoluntatem non habuit notarius, & in hoc casu testamētum dicitur imperfectum tam ex defectu solemnitatis,quam ratione deficientis uoluntatis, ita affirmant Paul. de Castro in l.hac consultissima §.actum humana nume.3.C.qui testam. facer. poss. & Clarius Boer. quæst. 35. num.6.Ruin.in cons.7. num.7. volumine 3. Marcus Antonius Natta in repet.l.hac consultissima §. ex imperfecto, num.139. C.de testament.Boer.quæst.240.numer.5.Didac. Couarr.in cap.relatum,il primo,num.10.de testament. Angel. in cons.400. Dec.qui appellat communem, in cons.159. colum.fin. & 487.per totum,Ruin. cons.12.in fine lib. 2.& in cons.11.nume.21.uolum.3.Socin.iun. in cons.189.num.94.uolum.2.Grammat.decis.62.numer. 13. & Iacobus Menochius in cons 42.num.14.& in cons. 45. num. 28. uolum.1.ubi ait hanc esse communem opinionem Doctorum,& hic est casus noster,quia hic Marianus,qui præsupponitur,quod testamentum condere uolebat , dum a notario interrogabatur, apponendo pinnas ad narices,ut responderet,incontinenti ex superueniente accidenti non potuit amplius loqui, & sic notarius non habuit tempus scribendi legendi, & publicandi eius uoluntatem igitur illud,quod per partem,præsupponitur testamentum, est imperfectum iam ratione ommissionis solemnitatis , quam ex causa deficientis uolūtatis, & ita multo Doctores allegando tener Antonius Gabriel. in suis communibus conclusionibus in libro 4. in tit. de testament. conclus.9. numero secundo,& tertio.

3 Et si dicatur,quod scriptura, & publicatio testamenti per notarium non est de necessitate,quando testator coram notario ,& testibus eius uoluntatem declarauit,cum illud per testes probari possit Paul. de Castro in d. l. hac consultissima §. per nuncupationem. Cod.qui testam.facer.poss.& ibi Cyn. et alij Doctores.

Respondeo considerando aliquos casus,& hoc fit pro clariori intelligentia.

4 Primus est, quando testamentum a notario iussu testatoris scriptum sit coram testibus,nam tunc si per legitimos testes testantis nuncupatiua uoluntas probetur, attendēda est,etiam si postea per notarium non fuerit publicata,& in hoc casu Cyn. Paul. de Castro,& alii Doctores loquuntur in dict.§.per nuncupationem, prout dicit,& eos sequitur Couarr.in c. relatum il 1.sub nu. 11. in uersi. tertia conclusio.

5 Secundus casus est,quando adest schedula manu testatoris scripta,ita,ut hoc dubium non sit,nam tunc testamentum dicitur imperfectum si a notario nō publicetur coram testatore, & testibus, ratione sollemnitatis ommisse,& non ratione deficientis uoluntatis,& in hoc casu loquuntur Paul.de Castro, in cons.450.uisa facti narratione,num.2.lib. 2.Ruin.in cons.15.numer.10. lib.2. Boer.q. 240.num.4. Guid.Pap. in cons.55. numer.3. Ruyn.in cons.1.num.11.& 12.uolum.3. Socin.iun. in cons.24.nu.2.uolu. 2. Natta in authent.quod sine num.1. C. de testam. Cephal.in cons.99.num.7.& 8. uolumine 1. & in cons.409.num.11.uolum.3.& Didac. Couarr.in d.c.relatum num.12.est bene uerum quod etiam in hoc casu dissentit a Guidone Papæ in d.cons.55. Frāc. Hotomanus in cōs. 95.num.12.& 13.ubi declarat.& ita dicit Menochius in tractat.2. præsumpt.præsumpt.5. numero septimo.

6 Tertius casus est,quando testator dispositiue coram testibus eius uoluntatem declarauit , & hinc si eius uoluntas per legitimos testes probetur , erit attendenda Cyn. Paul.de Castro,& alii in d.§.per nuncupationem,tradit.ultra alios Ioan.Vincent.Hondedei in cons.77.nu.19.& 20.

7 Quartus,et ultimus casus est, quando is qui intendebat testari,fecit conuocare notarium, & dum a notario interrogabatur pro scribendo eius uoluntatem,ac hoc,ut ea scripta,postea legeret, & publicaret coram testatore, & testibus, & antequam scriberet, legeret, & publicaret, testator,uel mortuus fuit,uel non potuit amplius loqui ex accidēti,ut successit in casu nostro, & tunc dicitur testamentum imperfectum ratione, seu respectu uoluntatis quia testamentum detegitur respectu deficientis uoluntatis, quando si licet scriptura ipsa testamenti non fuit lecta,& publicata coram testatore,& testibus, ita Barto. in l.si is qui.ff.de testam. Angel. in cons.400. Alex.in cons.76.num.9 uolumine tertio. Dec.in consilio 488.numero decimoquinto. Ludouic.Bolognin.in consilio quinquagesimotertio,col.1.uersic.tertio præsuppono , Ias. in consilio sexagesimooctauo,

co-

colum.ult.lib.1.Ruin. in consil.15. numero 11.vers.& in primis,uolum.2. & in consil.1. numero 8.lib.3.Iacobus Menochius, in consilio 42.num.14.lib.1.& in 2.uolum.tract.de præsumpt.in lib 4.præsumpt.5.nume.7.& in consi.45.nu.28.& Marian.Socin.iun.in consil.71.sub num.23.in uers. secundo etiam responderi potest, uolum.4.& non solum respectu deficientis uoluntatis testamentum in hoc casu dicitur imperfectum,sed etiam ratione deficientis solemnitatis, quia ut testamentum dicatur perfectum & ualidum, requiriturq uod postquam est scriptum legatur coram testatore & testibus, & quod per eum confirmetur, & approbetur,ut est tex. cum glossa, & ibi declarant Bart. & alij in l.fideicommissa.§. quoties.ff. de leg. 3. & ita etiam tenent Bald. in sua margarita, in uerbo,testamentum,& in d.§.quoties, Angel.in l.contractus, num.3.C. de fide instrument. Paul. de Castro in l. si is qui in 1. col. uers.idem si totam suam uoluntatem.ff. de testam. & in consi.137. in causa, quæ uertitur,post princ.in 2 uolum. in nouis,Ioan. de Imol.in c.cum.p.tabellio, de fide instrumēt. Alex.in cons.62. sub num. 2 volum. 3. Barbat.in consi.32.num.7.volum.1. Beltrand.in consi.71.num.2.uolum.1.Dec.in c.1. numer. 14.extr. de fide instrument. & ibi Felin. nu. 17.Gulielm.de Benedict.in c.Raynutius super uer. in extremis agens, num.40 & 41. de testament.Ruin.in consi.1. uolum.3.Paris.in consi.80.num. 8. volum.4. Io. Anton. Rub. Alexandrin.in cons.107.num.1. Marian. Socin.iun.in d.consi.71.nolum.4.ubi in numer. 18. dicit hanc esse communem opinionem Doctorum, & Couarruuias in d.c.relatum, el 1.sub numer.11.in uers. uel aliter potest intelligi.

Et hic est casus noster, quia notarius conuocatus fuit per parte testatoris, & dum testatorem interrogabat ad hoc ut habita noti tia de eius integra uoluntate testamentum scriberet, legeret, & publicaret ex accidenti non potuit amplius loqui, & sic notarius non habuit tempus scribendi, legendi, & publicandi uoluntatem dicti Mariani,igitur hoc,quod dictum fuit ab ipso Mariano, non dicitur testamentum, cum sit imperfectum ratione deficientis uoluntatis, & ex causa ommisse solemnitatis, & hæc est uerissima, & indubitata conclusio, quæ comprobatur ex Guidone Papæ in cons. 234.ubi ait, testamentum coram testibus non recitatum esse ratione voluntatis imperfectum,& maxime quando uocatur notarius ad conficiendum testamentum, ut fuit in casu nostro, nam tunc cum testator uoluerit notarium rogari,censetur etiam uoluisse per eum debitus sollemnitates seruari, quod scilicet scribatur,& deinde coram testatore, & testibus legatur, & sic publicetur, idem tenuit collegium Patauinum inter consilia Ziletti ultimarum uoluntatum in cons.1.lib.1.& precise Ang. Aret. in tract. de testament.in glossa,lectum,& perfectum,vbi ait, quod nisi testamentum etiam recte ordinatum, & scriptum in præsentia testatoris,& testium legatur, & per testatorem uti suum testamentum approbetur,ualere non potest, nec quidem iure codicillorum ut prędixerat glossa in d.l. fideicommissa, §. quoties, & iudicio meo est uerissima opinio, quia ubi tabellio conficit scripturam etiam integram,& completam,euenire tamen potest,ut experientia docet, quod postea actus testamenti non subsequatur aliquo accidenti,utpote,quia testator uoluntatem mutauerit, & proptérea testamentum remaneat suspensum husque quo coram testatore,& testibus fuerit lectū, & a testatore fuerit approbatum ut confiderat Ioannes Cęphalus in cons. 409. num. 14. in uers.quinto,uol.5.

8 Alius modus a Doctoribus consideratus, ad demostrandum testamentum imperfectum esse ratione deficientis uoluntatis, est, quando testator aliqua ad interrogationem notarij dixit, & eius integram uoluntatem non compleuit,nam tunc testamentum, & ratione ommissionis sollemnitatis, & ex causa deficientis uoluntatis,imperfectum di citur, Aret.in d.l.si is qui,Boer.quæst.93. nu. 10.Sigismund.consil.feud.14.num.65. Ias. in cons.8.colum.5.uersic.2.ad idem,uolum.3. Ruin.in consi 204.num.8.lib.2.Paris.in cons. 27.num.17.lib.2.& Iulius Clarus in lib.3.sententiarum.§.testamentum, quæst.7. in uers. aliquando,& quarto, ubi ait hanc esse communem opinionem Doctorum, & hic etiā est casus noster, ex quo ipse,qui pręsupponitur condidisse testamentum, dixit multa legata pia, relinquere uelle, quæ non reliquit ex superueniente accidenti, & ideo eius integram uoluntatem complere non potuit, & sic hoc, quod per partem nuncupatur testamentum dicitur, & respectu sollemnitatis, & deficientis uoluntatis imperfectum, & dicitur, & nuncupatur potius præparatio ad testandum, quam testamentum, ut in fortiotibus terminis concludit Oldrad. in consilio 119.

9 Vides ex prædictis hoc, quod a parte appellatur testamentum, esse imperfectū non solum ex causa ommisse sollemnitatis, sed etiā ex causa deficientis uoluntatis,& quod, ultra prædicta, fit defectus etiam in solemnitate probatur. Hac alia consideratione, aut loquimur de iure communi,aut de iure Canonico. Si loquimur de iure communi, & tunc requiruntur septem testes,l.hac consultissima.l.in testamentis,& l. fin. C.de testament.qui testes debent esse rogati.l.hæredes palam.§.in testamento. ff.de testament. & in dubio rogati non præsumūtur Viuius in opin. 891. & mulieres testes in ipso testamento esse non possunt l.qui testamento.§.

mulier

mulier,ubi Doctores ff.de testamen. & Viuius in opin. 968. Sed in casu nostro septem testes non interuenerunt, non fuerunt togati,ut apparet ex lectura processus, & etiam testes sunt mulieres,igitur certum est,quòd istud testamentum caret de iure ciuili solẽnitate,quod Ciuile ius seruandum est in hoc regno Capycius in decis. 201. & Matthæus de Afflict. in principio constitutionum in quæstionib.quæst.20.

Si loquimur de iure Canonico , & tunc duo testes cum presbytero parochiali sufficiunt,& sine parochiano sufficiunt quatuor testes, vt de mente Doctorum concludit Iulius Clarus in lib.3. sententiarum in §. testamentum,quæst. 57. per totum, & isti testes debent esse omni exceptione maiores Alexan.in cons.117.numer.3. uolum. 2. Dec. in cons.105.num.4. Paris.in cons.24.numer.13. & seqq.uolum.3. Socin. iun. in cons. 89.nu.11.uolum.1.& Iulius Clarus in d.§.testamentum,q.57.uers.quæ quidem conclusio,in fine,& hæc qualitas quod testes sint idonei, & omni exc. maiores articulari, & probari debet Paris.in d.cons.24.num.13.& ratio est, quia testes requiruntur, quod sint Idonei.c. cum esses,ext. de testament. & quando idoneitas in testibus a lege expresse desideratur tunc illa qualitas articulari, & probari debet Bart.in l.1.§.si quis neget,col.fin.ff.quemadmod.testam. aper. Bald.in l.1.C.si aduers.libert.Dec.in cons.37.num.8. uers. & quando testes,& in c.1.col.pen.de appellat.

10 Sed in casu nostro primo non sunt quatuor testes,quia duo fratres sancti Bernardini non probant, ex quo sine licentia eorum superioris fuerunt examinati, ut tradit speculat.in tit. de teste, uers.quid de monacho Angel.in cons.233.punctus est,quædam domina margarita, Alber.in auth. si dicatur.C. de testib. Lanfranc. de Orian. in c. quoniam contra,num.87. de probat. & Io. de Amicis in cons.77.numer. 17.& seq. ubi consuluit, quod de licentia prædicta debet apparere in actis,aliter monachus examinatus nihil probat,idem tenent Mis. decis. 30. & Viuius in opin.995.sub num.2.

11 Secundo non fuit articulatum, & probatum, quod testes sint Idonei, & omni exc. maiores, igitur non probant. Et si dicatur, quod quilibet præsumitur Idoneus nisi probetur,speculat.in tit.de probat.§.1.numer. 7. Abb.& Felin.in c.fin.extr.de præsumpt. Alciat.in tract.de præsumpt.reg.3.præsumpt.3. Boer.decis.171.numer.10.& late Mascard. de probation.uolum.2.conclus.878. in princ.in uerbo, idoneus, & de teste, quod idoneus præsumatur, nisi contrarium probetur, dicunt glos.in c.1.de testib.& Bursatt. in consil. 359.num.3.& in cons.387.num.5. uolum.4. ob quam præsumptionem, quis releuatur ab onere probandi, quia iuris præsumptio dicitur uera, propria, & manifesta probatio glossa, & Doctores in l. imperator, ubi Ias. num.13.ff.de leg.1. Dec.in rubr.extr.de probat.num.17.& ibi Bero.num.55.uersic.quędam uero est.Paris.in cons.80.num.15.uol.1. Crauett.in cons.6.num.42.uolum. 1. & late Menoch.de præsumpt.lib. 1.q.36. numer.3. cum seqq.

Et ideo cum testes idonei præsumantur, hæc idoneitas articulari, & probari non debet,ut tenent Ioan. de Lignan. & Francisc. de Rampon.quos refert Imol.in l.1.§.si quis neget.num.10. uers.dicit tamen ff.quemadmod.testam.aper. Felin. in c. cum Ioannes, numer.44. in fine, de fide instrument. Curt. sen.in cons. 55. num.8. uers. quia respondetur, & in tract. de testibus conclus. 35. num. 75. Barbat.in c.tertio loco,de probat. & Couarruu.in d.c.relatum,il 1.nu.6.

Respondeo, quod primo negari non potest,quia testes de iure canonico idonei esse debeant,ut probatur in d. cap. cum esset, & etiam si in eo textu non diceretur , de iure esset dicendum, quia cum de iure canonico diminuatur numerus a iure cõmuni requisitus reducendo ad duos testes cum parochiano, & ad quatuor sine parochiano oportet istos pauciores testes esse omni exceptione maiores,alioquin non probatur testamentum, ut dixit Dec. in cons. 105. sub nu. 4.uers.tertio respondetur, & in c. 1. numer. 14. extr. de appellat. quem sequitur Ioan. Cæphal.in cons.32.num.17.vol.1.

12 Secundo, conclusio est,quod qualitas ista quando a Iure requiritur, quod quis sit idoneus,& omni exceptione maior, articulari, & probari debet ut supra dixi de mente Bartoli,Baldi,& Decij,& aliorum Doctorum.

13 Hinc est primo , quod licet unicus testis omni exceptione maior faciat semiplenam probationem Doctores in l.admonendi.ff. de iureiuran. ubi Ias. num. 30. Vbertus Zuchard.in l.fi.nu.101.C.de ædict.diui. Adrian. tollend. tamen ad hoc ut testis iste faciat semiplenam probationem, debet articulari, & probari , quod sit omni exceptione maior,alias producens eum succumbere debet ita notabiliter tradit Vbertus Zuchard. in d. l.fin.num.101,quem sequuntur Rolandus a Valle in consil.50.num.17.volum.2.& Ioannes Cæphalus in consil.225. num.53.uol.2. & viuius in opin.941.

14 Hinc est secundo,quod cum testes deponentes de hæresi debeant esse omni exceptione maiores, Arnaldus in tract.de hæreticis, quæst.34. numer.4. & 5. & Simanca in praxi hæreticos,tit.34 nu. 5. & ideo qualitas ista probari debet Iacobus Menochius in consi.82.num.163.uol.1.

15 Hinc est tertio,quod cum testes deponentes de fama debeant esse omni exceptione maiores, ideo articulari , & probari debet Ioannes Cephalus in consil. 65. numer. 53. uolumine primo, tradet Dec. in capit. 1. sub num.

numero vigesimo, extr. de appellat.

16 Hinc est quarto, quod cum in criminalibus testes debeant esse omni exceptione maiores, ad hoc ut probent debent articulari, & probari, quod sint omni exceptione maiores Ioannes Cçphalus in cons. 438. num. 51. uolum. 3. Barbat. in cons. 54. num. 14. uolum. 1. Marsil. sing. 187. Aret. in §. item uerborũ, colum. fin. uers. & istud tenet, instit. de inutil. stipulat. & Marsil. in rubr. numer. 6. C. de probat.

17 Hinc est quinto, quod cum testes contra matrimonium deponẽtes debeant esse omni exceptione maiores, ideo articulari, & probari debet, quod sint omni exceptione maiores Barbat. in d. cons. 54. colum. 3. uers. tertiò præmitto, cum seqq. lib. 1. Dec. in cõs. 310. colum. 1. post princ. uers. & ideo Grammat. cons. 26. numer. 49. 50. in crimi. Paris. in cons. 57. num. 38. uolum. 4. Ioannes Cœphalus in cons. 384. numer. 4. & 5. uolum. 4. & in cons. 540. num. 53. volum. 4. Ioannes Baptista Ferretus in cons. 48. num. 1. lib. 1. & in consil. 374. num. 10. volum. 2. & Gratus in lib. 2. responsorum, in responso. 2. num. 34. & 35.

18 Vnde cum in testamento testes de iure canonico debeant esse idonei, & ideo omni exceptione maiores, tum quia testes idonei dicuntur, qui sunt omni exceptione maiores, & aliqua exceptione repelli non possunt glossa in §. item uerborum, in uerb. idoneos institut. de inutil. stipulat. l. optimam cum ibi notatis. C. de contrahend. & committẽd. stipulat. Abb. in c. at si clerici, in princ. de iudic. & Socin. sen. in cons. 54. num. 7. uolum. 3. tum quia cum a iure canonico numerus testium sit diminutus, testes illi pauciores debent esse omni exceptione maiores Dec. in d. cons. 105. sub num. 4. & cum hæc qualitas a iure requiratur articulanda est probanda est ut optima dixit Paris. in d. cons. 24. num. 13. nam si in supradictis casibus ad euitandas falsitates requiruntur testes omni exceptione maiores, & ea qualitas articulanda, & probanda est, quanto magis in testamento, hæc qualitas circa testes articulanda, & probanda est, cum numerus testium in testamento sit introductus non solum ad probãdum, sed etiam ad auferendas falsitates. l. in c. de fideicommiss.

Ideo ne falsitas committatur, cum de iure canonico numerus testium sit diminutus, testes debent esse idonei, & omni exceptione maiores etiam in superlatiuo gradu,

19 & hinc est, quod mulieres etiam de iure canonico non sunt testes idonee Alex. in cons. 177. uolum. 2. in cons. 70 num. 13. eod. volum. 2. ubi testatur de communi, Bellon. in cons.

* 14. post num. 8. ubi dicit hanc esse, communem opinionem, Iulius Clarus in d. §. testamentum, quæst. 55. in uers. sed quid de iure canonico, & Michael Graff. in §. testamentum, quæst. 57. num. 3. qua de re cum testes debeant esse omni exceptione maiores hæc qualisas articulanda, & probanda est Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 2. ubi attestatur de communi, & Viuius in opin. 968. num. 16. licet idoneus quis præsumatur, tamen quando a iure, hæc qualitas expresse requiritur, tunc ex dispositione iuris, non præsumitur, & articulanda, & probanda ne dicit Io. Cçpha lus in cons. 227. nu. 56. cum seqq. uolum. 2.

Tertio, & ultimo, hoc quod a parte appellatur testamentum non probatur. tum quia fratres diui Bernardini, non probant, tum etiam quia de iure Canonico mulieres non probant ut supra dictum fuit, & ultra allegatos ita concludunt Viuius in d. opin. 968. Io. dilect. de arte testand. caut. 2. lib. 2. & Ioseph Ludouici in conclus. 69.

Ex his apparet, quod dictum pretensum testamentum tam de iure ciuili, quam de iure canonico est nullum ob defectum solemnitatis, sed nota quod hæc quæ dicta sunt de iure canonico, fuerunt dicta ad sufficiẽtiam, cum in casu nostro ex quo sumus in regno, & in testamento facto a laico ius ciuile est attendendum, ut disputando resoluit Mattheus de Afflict. in d. allegata quæst. 20.

In secundo dubio principali, an hoc imperfectum testamentum ualeat saltim quo ad legata, & disposita, pro eius resolutione due faciende sunt conclusiones.

Prima est circa legata, & disposita in fauorem legatariorum.

Secunda est circa legata concernenti a pias causas.

20 In prima conclusione resolutio est, quod cum testamentum imperfectum sit ratione deficientis uoluntatis, non ualet neque circa legata, & neque circa disposita, & ita tenent Bald. Paul. de Castro, & Franciscus Aret. in l. si is qui. ff. de testam. Sigismund. cons. feud. 14. num. 65. ubi ait, quod omnes concludunt hanc esse communem opinio-

* nem Doctorum, & quod tale testamentum quoad disposita non ualet etiam inter liberos uel ad pias causas, Ruin. in cons. 7. num. 7. uolum. 3. Oldrad. in cons. 144. Boer. decis. 93. post num. 10. & decis. 240. num. 5. Alex. in consil. 76. uolum. 3. Grammat. decision. 62. & Iulius Clarus in dict. §. testamentum, quæst. 7. in uers. aliquando, & quarto, ubi dicit hanc esse uerum, & communem opinionem, quæ probatur in d. l. si is qui, ac etiam, quia ut quotidie experientia docet, uidemus, quod testatores in ipso actu testandi, mutant, addunt, & reuocant multa per eos iam disposita.

21 Immo etiam si testamentum esset imperfectum ratione solemnitatis quoad extraneos, ut sumus nos, testamentum pro nullo habetur. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testament. & legata seu fideicommissa non debentur. l. 2. l. si ueritas, et l.

ex testamento. C. de fideicommiss. tradit Paul.de Castro in l.fin.C. eod. tit. & hæc est indubitata conclusio.

22 In secunda conclusione au quando testamentum est imperfectum. quia fuit cęptum, & non completum ualeat tantum circa disposita concernentia pias causas, scias, quod duæ sunt Doctorum opiniones.

Prima est, quod ualeat, quam tenēt Abb. in c.1.num.2.extr.de success.ab intestat.Bar. in d.l. in testamento.ff. de fideicomm. libertat.& Dec.in cons.159.nu.13.

Secunda est opinio, quod non ualeat, quam tenent Berttand. in c. relatum, de testament. Aret.in d.l. si is qui, ubi attestatur de communi Sigismund.cons. feud. 14.nu. 65. ubi ait Doctores omnes concludere hāc esse communem opinionem, Boer. decis. 93.post num.10.& decis. 240. num.5. Guil. de Cun.in l. fin.C. famil.hercisc. Oldrad. in cons. 119. Alber.in l. hac consultissima. §. si quis autem.C.de testam.Anchar.in c.2. nu. 10.de testam.Imol.in cons.91.Anan.in consil.57.Paul.de Castro in cons. 101 & in cons. 351.volum.2.Guid.Pap. in cons. 55. Guliel. Benedict.in c.Raynutius,in uerbo, testamētum,& 1.num.71.de testament. Paris.in consilio 24.num.11. volum.3. & in consil. 146. uolum.4. Dec.in c.1.num.15. de fide instrument.in cons.159.& in cons.488.Ias.in cons. 391.uolum. 2. Thom. Grammat. decis. 62. Ruin.in cons.1.num.21.uolum.2.& in cons. 7.num.8.volum.3.Didac.Couarruu.in c.relatum, el. 1. numer.9. vbi dicit ab hac communi opinione non esse in praxi recedendū, & Iulius Clarus in d.§.testamentum, quæst. 7. uers. aliquando, & quarto, & Fernandus Vasquius in tractat. de success. creat.lib.3.§. 22.num.12.

Ex his uides opinionem Abbatis, in qua partis aduocatus faciebat fundamentum esse communiter reprobatam, & in praxi, & in iudicando non esse dictæ opinioni, adhærendum, sed bene communi, per quam deciditur testamentum non ualere etiam respectu legati pij.

23 In hoc dubio est etiam considerandum, quod nos non sumus in relictis ad pias causas, ut pars prætendit, quia legatum, quod præsupponitur factum mulieribus ex causa dotis, fuit factum mulieribus sanguine coniunctis, & ideo dicitur factum ob sanguinis affectionem, & non ob paupertatem, & sic non dicitur legatum pium, ita glo.in l. illud, in verbo, alia.C.de sacrosanct.eccles.Bald. in auth. similiter, nu.5.C.ad leg. Falcid.& ibidē Roman.nu.3. Dec.in cons.110.col.vltim. Tiraquell. in tractat. de priuilegijs piæ causæ in præfat.col.8.vers.quod tamen intelligēdum est Alciat.in respons. 785. legatum factum, num.5. Ioannes Cephalus in cons.216. num. 23.uolum.2.& in cons 303.num.30. volum. 3. Iacobus Menoch. in 2. uolum. tractat. de præsumpt.in præsumpt.112.num.5. uolum. 4. Ias.in cons.154.colum.pen.lib.2. Socin. in l.ciuibus, colum.4.ff.de reb.dub.& Alciat.in tract. de præsumption. reg.1. præsumpt. 28. numer.1. & sic ex omni respectu non potest fieri fundamentum in opinione Abbatis.

24 In tertio, & ultimo dubio, an hæredes ab intestato saltim obligati sint in foro consciētiæ persoluere legata, & ideo ad ea persoluēda per denunciationem euangelicam cogi possint, pro eius resolutione duo sunt considerandi casus.

Primus est, quando consideratur defectus solemnitatis, & deficientis uoluntatis.

Secundus casus est, quando in testamento adest solum defectus solemnitatis.

25 In primo casu Doctores uno ore concludunt, testamentum imperfectum ratione deficientis uoluntatis non ualere etiā quoad pias causas, & ideo hæredes in foro conscientiæ non esse obligatos, & hæc est indubitata conclusio.

26 In secundo casu duæ sunt Doctorum opiniones.

Prima est, hæredem in foro conscientiæ legata persoluere debere, quam tenet Abb. in c.cum esses, num. 10.& seq.de testament. & ideo cogi posse per denunciationem euangelicam ad ea persoluenda Gemin. in consil.49.

Rationes pro hac parte non recito, quia eis respondet Couarruuias, & Menochus in locis infra citandis, & ideo non est opus respondere rationibus per aduocatum patris enarratis, cum sint ille quæ producuntur a Didaco Couarruuias, & quibus idem Didacus respondet.

Secunda est opinio superiori contraria, hæredem in foro conscientiæ non teneri ad persoluenda legata, & consequenter cogi non posse per denunciationem euangelicā, quam opinionem tenent Bald. in l.1.numer. 55.C.de sacrosanct.eccles. Fortun.in tractat. de ultim.fin. illat. 14. Innoc.in c. quia plerique, extr. de immunit.eccles.Ias. in l. si post diuisionem, num.5.C. de iuris, & facti ignorant.Imol.& Alexan.in l.nemo potest.ff. de leg.1.Bald.in l.cum quis, num. 6.C. de iuris, & facti ignorant, & in quæstione per eum disputata, quæ incipit, statuto cauetur, quod fenerator in 3. charta. Angel.in disputat.quæ incipit, Astensis miles, in 12. col. 6. D. Anton.de Butr.in c.nouit, in 12. colum. de iud. & in d.c.quia plerique, Alex.in cons.209.uolum.2.Federic.de Sen.in cons.21.incip. nunquid hæres extraneus, Ias.in l. nemo potest. ff.de leg.1.num.95.in 2.lectura, & expressius in num.102. & in cons.97.uolum.3. Io. Calder. in quæstione per eum disputata, quæ incipit, Bononiensi statuto cauetur, Iulius in d.§.testamentum, quæst. 90. Couarruu.in d.c.cum esses, numer. 5.& sub num.10. Fernand. Vasquius in tractat. de success. creat. lib.

lib.1.§.2.n.6.& 7.& 8.ubi ait hanc esse uerissimam opinionem, & secundum Iasonem hæc est communis,quam inter Theologos ualidissimis fundamentis tenet Sotus in tractat.de iust. & iur.lib.4. quæst.5.art 3.& nouissime eam tenet Iacobus Menochius celeberrimus, & uerus Doctor in primo uolumine,tract.de præsumpt.lib.1. præsumpt.80, ubi comprobat hanc opinionem, & subtiliter respondet omnibus rationibus adductis per Doctores contrariam opinionem tenentes, & pro hac opinione facit hęc ratio ultra alias.

Quia legitimus hæres iuste dubitare potest de ueritate contentorum in testamento,& cum dubitans,& ignorans æquiperentur l.fi.C.de edict.diui Adrian.tollend. Ideo is legitimus hæres utpote probabiliter dubius de ueritate contentorum in testamento tutus erit in foro animæ non aliter,atque si re uera ex toto ignoraret ueritatem eorum,quæ in testamento continentur,& maxime non debet credere,quia in casu nostro fratres sancti Bernardini non probant ex eo quia se examinauerunt sine licentia superiorum, & etiam quia se examinauerunt in fauorem mulierum agentium,& mulieres se examinauerunt in fauorem monasterij sancti Bernardini,& sic inter eos adest quędam collusio,& machinatio,& mulieres non probant,& eis non est credēdum,cum sint corruptibiles,& re uera ex dictis testium apparet de non uoluntate Mariani, sed quod dixit,fecerunt dicere uiolenter,& per metum, ut probatur hac consideratione.

27 Inter alias coniecturas ad demonstrandum testamentum metu factum una est, quando constat testatorem grauiter egrotātem molestiis affectum confecisse testamentum Afflict.in decis.69. nu.4. quem sequuntur Menochius in 2.uol. tract. de præsumpt. præsumpt.11.num.9. & Decian. in conf.65. num. 2. lib.2. quod fuit in casu nostro, cum Marianus habebat letarghum ex quo semper dormiebat,& ut responderet interrogationibus,quæ fiebant a notario,mittebantur pinnæ ad narices; ex quibus continuis molestiis præsupponitur quod aliqua uerba in fauorem dictarum mulierum protulerit,cum enim in domo ipsarum esset, fortasse, si uerum est ea legata fecisse,dixisse ob metum, ne a dictis relinqueretur,non enim uerisimile est uoluisse bona sua eis relinquere,& fratrem utrinque cōiunctum sibi carissimum, & sorores utrinque coniunctas præterire,& nihil eis dare, uti si fratrem,& sorores non cognosceret,immo ex hoc arguitur doli cōiectura, quia quando testator omisit facere hæredem eum, quem iuro quodammodo tenebatur, & alium instituit,tunc præsumitur institutum dolo egisse, ut hæres institueretur,ita Hiet. Gabriel in conf.16. nume.43. lib.1.Pau.de Castro in conf.339.ad primum quæsitum respondetur, numero primo, lib. 2.& Ioan. de Anan.in conf. 23. numero primo,& secundo.

Ex prædictis apparet, hoc, quod per partem appellatur testamentum, esse imperfectum non solum ob sollemnitates ommissas, sed etiam ratione deficientis uoluntatis etiam quoad dicta, & etiam si essent fauore piæ causæ,& hæredes non teneri ad ea persoluenda etiam in foro conscientiæ, & consequenter ad ea persoluenda cogi non posse per denunciationem euangelicam, & ita iuris esse censeo,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D. Et ita ut supra consului fuit indicatum per multum Reuerendum Dominum Vicarium Diœcesis Aquilanæ.

SUMMARIUM.

1. *Instrumentum reassumptum,ut probet.*
2. *Pro decreto quando præsumatur.*
3. *Uxor absque mandato non potest obligari bona mariti.*
4. *Maritus si sit præsens, quando uxor recipit dotem, tenetur ad illius restitutionem.*
5. *Varij,& diuersi testes non probant.*
6. *Assistentia quando competat.*

Consilium XLIII.

Licet ex allegatis apertissime constet assistentiam concedi non potuisse, & ex eis appareat omnia dicta per partis aduocatum fuisse reiecta,tamen pro maiori declaratione,& ut parti satisfaciam, iterum respondebo,& ne cōfuse procedamus,sed ordinatim, sciendum est,quod pars in duobus facit fundamentum per assistentia consequenda.

Primo in contractu facto per Armiliam matrem Vergiliæ.

Secundo in dictis testium examinatorum in probando dotis consignationem.

Circa fundamentum, quod sit in contractu pro eius resolutione duo sunt uidenda.

Primo,an contractus probet.

Secundo, an dato, & non concesso, quod probet, possit uirtute illius assistentia concedi.

In primo concludendum est contractum non probare hac ratione.

1 Notarius iste,qui reassumpsit instrumentum notarij præmortui reassumpsit ex authoritate a Cesarea, & Catholica Maiestate sibi concessa,ut ipse in dicto contractu reassumptionis fatetur,uiuente tamen iudice,& uno teste, quo casu uirtute constitutionis, Baiulos omnes,uiuente iudice,& uno teste, non poterat per alium notarium reassumi,

ut

ut ibi,etiam Afflictus, sub nu.53. in uers. & ideo sunt multi notarij,determinat,& Notarius asserens à Cesarea, & Catholica Maiestate anthoritatem habere,debet priuilegiū ostendere,cum notario non credatur de officio sibi iniuncto Afflict. in decis. 317. nam tu scis, quod instrumentum sumptum ex protocollo per alium notarium qui nullam fidem fecit de commissione, & authoritate sibi concessa leuandi dictum instrumētum, non probat,cum dicta fides de substantia requiratur, vt communiter notant Doctores in c.cum P.tabellio,de fide instrument. Nec releuat, quod ipse asserat se leuasse de commissione sibi concessa per Cesaream, & Catholicam Maiestatem, quia assertioni, & dicto eius non est standum, nisi fiat fides realis de ipsa commissione,ita Alex. in consil.187. colum.fin. uolum.6. & Rolandus a Valle in cons.44.num.27. volum.1. & in cons.26. nu. 17.uolum.3.& ideo hoc instrumentum reassumptum ab alio notario non probat nisi priuilegium Cesareæ, & Catholicæ Maiestatis ostendatur,uel nisi fiat fides realis de ipsa cōmissione seu priuilegio.

Per aduocatum partis dicitur instrumentum fuisse reassumptum ex Iudicis decreto, & in eo decreto præsumi causæ cognitionē, etiam, quod non exprimantur sollemnia ad actum requisita, super quo decretum interponitur.

Hic aduocatus duo præsupponit, vnum in facto,& aliud in iure.

In facto præsupponit,instrumentum fuisse reassumptum ex decreto iudicis seruatis sollemnitatibus,de quibus per Afflictum,in constit.Baiulos omnes,nu.59.

Hoc est somnium,cum notarius in instrumento dicat, reassumpsisse instrumentum authoritate priuilegii a Cesarea,& Catholica Maiestate sibi concessi, & non ex iudicis decreto,ut uidere est ex contractu reassumptionis.

2 In iure presupponit pro decreto cognitionem causæ præsumi etiam quod sollemnia ad actum requisita non exprimantur,hoc in iure non subsistit ex duobus.

Primo,quia pro decreto presumitur quo-ad sollemnitates enunciatas, non autem, quo ad non enunciatas Bald.in l. ex his verbis,colum.1.uersicu. item oppono.C.de testam. milit. & in l.1.in 3.not.ff.de rebus eorum.Aret.in l.sciendum,colum. 8. uersic.3. hoc limitatur.ff.de uerbor. obligation.& in cons.69.col. 1. uers.nec est uera, Anchar. in cons.279.in uers.item omnes,Felin.in c.Albericus,colum.fin.de testib.Dec.numer.42. Felin.colum.21. uers.limita,seu declara, & Aret.colum.penult.uers.2. limitatur in cap. quoniam contra, extr. de probar. Paris. in cons.125.uolum.1.& in cons.12.numer. 57. uolum.2.& in cons.85.num.39.uolum.3.& Ruin.in cons.98.num. 16.uol.2.& in consil. 69.colum.5.uersicu.non obstat igitur, eod. uolum.

Secundo, quia tunc pro decreto præsumitur,dummodo sit enunciatum in decreto,quod causæ cognitio interuenit, alias nō præsumitur decretum interpositum fuisse cum causæ cognitione, Paul.de Castro, in l. cum hi, §.si prætor, uers. & semper allegatur.ff.de transact.Corn.in cons.95. colum.2. uers.& hoc etiam,uolum.1.Hippolit.in practic. crimin. §. nunc uidendum, colum. 8. uers.nam ad hoc, Alex.in l.sciendum, col.6. uers. pro hoc optime facit.ff. de uerb. oblig. & Ruin.in cons.35.num.38. uolum.1. quæ conclusio est uerissima in decreto requirente maximam causæ cognitionem,pro ut est in casu nostro,ut tradit Alciat. in tractat. de præsumpt. in 3.regula,in 10.præsumpt. numero 5.

Apparet ex prædictis responsionem nec in facto nec in iure subsistere,& fundamentum meum firmum remanere.

In secundo dato,& non concesso,quod dictus contractus probet,an uirtute illius assistentia concedi possit, pro eius resolutione sciendum est, instrumentum fuisse confectum per Armiliam matrem Vergiliæ, & vxorem Ioannis Antonij, & eius patrem, in quo ipsa confitetur fuisse competenter dotatam,& dotem recepisse,& non inter Ioannem Antonium, & eius socerum, ut uidere est ex lectura instrumenti, stante hoc, quod assistentia concedi non possit probatur ex duobus.

3 Primo, instrumentum fuit confectum inter ipsam Armiliam ex una parte, & inter eius patrem ex altera parte,quæ Armilia nō potuit in sui fauorem,& in præiudicium uiri,& creditorum obligare bona eius uiri, cū non haberet mandatum,& ideo dictus contractus nec uiro, nec creditorib. præiudicat l.ex patrono, C.ne filius pro patre, & l. quæcumque.ff.de action.& obligat.

Aduersus hoc fundamentum per aduocatum partis duo dicuntur.

Primo, quod dos soluta fuit Armiliæ præsente dicto Ioanne Antonio eius uiro, quæ præsentia arguit ex presumptione iuris,& de iure receptionem dotis.

4 Secundo,quod cum interuenerit præsentia ipsius Ioannis Antonii tempore recepte dotis per Armiliam eius uxorem,tenetur ad restitutionem huiusmodi dotis,quemadmodum parer consentiendo simpliciter filio recipienti dotem, tenetur tunc similiter ad restitutionem dotis,ut per Bart.in l.si cum dotem.§.transgrediamur sub nume.7.ff.solut. matrimon.speculat.in tit.de donat. inter uirum.§.formatus,uers.quid si filius, & Ioan. Campegius in tractat.de dote,priuileg. 168. part. 3.

Hic in hac responsione unum in facto,& duo in iure uera esse præsupponit.

In

In facto præsupponit tempore, quo armilia instrumentum cum patre fecit, interueniſſe perſonaliter Ioannem Antonium eius uirum.

Hoc nullo pacto apparet ex ipſo inſtrumẽto, & licet notarius, dicat cum poteſtate, authoritate, & beneplacito dicti Ioannis Antonii, non tamen per hoc arguitur præſentia, quæ cum ſit facti, non præſumitur l. in bello. §. facta. ff. de captiu. & poſtlim. reuerſ. Nec mulieri dicenti poteſtatem, & licẽtiam ab eius uiro, habuiſſe, creditur, cum tendat ad eius fauorem, & in præiudicium uiri, & creditorum, teſti enim in eius fauorem deponenti non creditur l. nullus. ff. de teſtibus. Nec creditur Notario, cum Notario non ſit fides adhibenda, niſi in his, quæ coram eo acta ſunt Innoc. in c. quoniam contra, de probat. Bart. & alii in auth. ſi quis in aliquo, columna penultima. C. de edend. in l. ſciẽdum ff. de uerb. oblig. & Aymon Crauett. in cõſ. 88. num. 20. uolum. 1. Notario enim non eſt fides præſtanda, niſi de his, de quibus eſt rogatus, rogari uero non poteſt, niſi de iis, quæ tunc fiunt. §. nos autem, auth. de tabellion. Alex. in conſ. 10. uolum. 6. & Aymon Crau. in d. conſ. 88. numer. 21. Vnde cum Ioannes Antonius non fuerit præſens in dicto inſtrumento, quæ præſentia non præſumitur, & cum de authoritate mulieri conceſſa non fuerit notarius rogatus, ſed uere de renunciatione, quam fecit filia patri, ideo circa hoc notario non creditur, & eſt uera concluſio.

In iure præſuppoſita corruunt, cum in facto præſuppoſitum non ſit uerum, ultra, quod præſentia ex præſumptione iuris, & de iure arguat receptionem dotis, non probabit pars hoc in eternum, cum ſint actus ſeparati, & unus poteſt ſine alio ſtare, & licet forſaſſe uir obligaretur, quando mulier dotem reciperet cum licentia, & preſentia uiri, non per hoc aſſiſtentia poſſet concedi, cum ſit tacita obligatio, in quo caſu ordinarie eſſet agendum, ut infra demonſtrabo in alio propoſito, ſed quia, ut dictum fuit, præſuppoſitum in facto non eſt uerum.

Ideo non eſt inſiſtendum ſuper præſuppoſitis in iure, quæ re uera nullius ſunt roboris, & momenti.

Secundo in dicto contractu non adeſt pactum de capiendo cum conſtitutione præcarii, ideo uirtute illius ex hoc capite non poterat nec poteſt aſſiſtentia concedi uirtute regiæ pragmaticæ.

Aduerſus hoc fundamentum dicitur, quod cum in inſtrumento adſit illa clauſula fiat in forma, cenſetur notarius rogatus apponere omnes clauſulas ſolitas, & conſuetas, etiam ſi de eis nihil dictum extitiſſet in rogatione. l. final. C. de fideiuſſ. & cap. cum. M. Ferrarienſis de conſtitut. latè tradit Tiraquellus in tractatu de iure conſtituti poſſeſſorii in 3. parte, limit. 31. numer. nono, & ſeq.

Hæc conſideratio procedit dum inſtrumentum eſt in fieri, ſed non poſtquam eſt factum, in publicam formam reaſſumptum, & parti reſtitutum: tunc clauſulę etiam ſolitę non ſunt apponende, nec pro appoſitis habentur Bald. in rubr. C. de reuocand. his, quæ in fraud. creditor. Hippolit. in ſing. 123. Pariſ. in conſilio quadrageſimoquinto, columna tertia, in fine uolumine primo, Mattheus de Afflictis in dicta conſtitutione, Baiulos omnes, ſub numero decimooctauo, in uerſicu. limito tamen qui proprie loquitur in terminis noſtris.

Ex his apparet primo inſtrumẽtum reaſſumptum non probare, ſecundo virture illius aſſiſtentiam non potuiſſe nec poſſe concedi.

In ſecundo circa dicta teſtium examinatorum ad inſtantiam Armiliæ pro eius reſolutione duo ſunt videnda.

Primo, an teſtes probent.

Secundo, an pro tacita Hipotecha aſſiſtentia concedi poſſit.

5 In primo concludendum eſt teſtes non probare, quatuor enim teſtes ſuper dotis ſolutione fuerunt examinati. Vnus eſt Blaſius Buzzellus, qui deponit de auditu, & ideo non probat. l. teſtium C. de teſtibus Alius eſt Cola Butius, qui non deponit de loco ſolutionis. Alius eſt Ioannes Marinus Cappellus, qui deponit ſolutionem per Marinum Mancini patrem Armiliæ factam fuiſſe Ioanni Antonio in Caſtro veteri. Alius eſt Antonius Catalani qui in eius depoſitione dicit prædictam ſolutionem factam fuiſſe in Caſtro Raiani.

Iſti teſtes ſunt inter ſe contrarii, & diuerſi, unus enim deponit ſolutionem factam fuiſſe in Caſtro Raiani. Alius uero in Caſtro ueteri, & ſic diuerſi ſunt in loco, & tempore, & ideo non probant. l. ſecunda, & l. qui falſo. ff. de teſtibus. Aduerſus hoc fundamentum duo dicuntur.

Primo, quod teſtes iſti ſunt conteſtes in loco, & tempore, & ſolutione dotis.

Hæc reſponſio eſt de directo contra depoſitiones teſtium, cum unus deponat de ſolutione facta in Caſtro Raiani, Alius uero deponit de ſolutione eadem, & dicit factam fuiſſe in Caſtro ueteri, & ſic euidenter apparet de diuerſitate loci, & temporis, adeo quod ex hac contrarietate arguitur euidens falſitas, dicta l. qui falſo, & propterea eis nulla adhibenda eſt fides.

Secundo dicitur, quod hæc ſingularitas eſt adminiculatiua.

Hęc responsio est insipida ut prima, cum quod sit singularitas obstatiua apparet euidenter stante diuersitate loci.& temporis respectu solutionis,& ideo non probant, Doctores communiter in l.ad monendi.ff. de iure iur.& sic ut pars dicit, singularitas cognoscitur, uel quando adest diuersitas personarum, uel rerum, uel temporis, uel loci, uel causæ, uel circumstantiarum, ut per speculat.in tit.de teste.§. iam de interrogatorijs, uers.quid si unus, & in §.sæpe testes,& in §. nunc transeamus et ibi Bald.in addit. & Canonistas omnes in c. cū causam, per tex.ibi, de testib.Io.de Imol.& Alex.in l.inter pares, colum.fin.de re iudicat.& Bald.in l.1.q.7.C. de testibus, & Alex.in cons.116.uolum.1.& in casu nostro ut uides adest diuersitas loci, Cum unus de solutione deponat in Castro Raiani,alius in Castro ueteri, ac etiam temporis.cum diuersis diebus fuerint in Castro Raiani,& in Castro ueteri,adeo quòd euidētissime constat de singularitate obstatiua.

6 In secundo,an pro tacita hypotheca, quæ resultat ex receptione dotis iuxta tex. in l. unica.§.& vt plenius. C. de rei vxor. action. competat assistentia. Resolutio est, quod assistentia non competit,& ratio est,quia assistentia conceditur quando adest obligatio bonorum,pactum de capiendo,cum constitutione precarij,& sic virtute pacti de capiendo, & præcarij dicitur in possessione assistere, & ideo ex causa præcarij conceditur assistentia,vt expresse ait pragmatica, & in terminis ibi Grāmaticus,& idem docet Robertus Maranta in tract.de ordine iudic. in 6.p. in octauo actu,numero decimotertio,& decimoquarto.

Aduersus hoc nihil respondetur,nisi quòd sicut pro expressa hypotheca datur hypothecaria, ita datur tacita contra tertium possessorem Bartol.in l.tertia,in repet. in prima q. Cod. de pignorat. & Negusant. in tracta. de pignor. in tertia parte quarti memb. numero 132.

Hæc consideratio nihil obstat ex duobus.

Primo,quod aliud est petere assistentiam, aliud est agere actione hypothecaria, secundo,quia si fuisset intentata actio hypothecaria fuisset opposita exceptio excussionis, ut prius excussio fieret contra principalem, nam ista exceptio facit præiudicium actioni intentatę, & prius debet exceptio excuti, quam super principali procedatur, tex.est in authen.hoc si debitor. C.de pignor.quod tamen non habet locum, quando in instrumento est constitutum precarij,pro ut communiter apponitur,quia tunc nulla fit discussio, & agitur assistentia contra tertium, excussione contra principalem non facta secundum Angel. & Alex.in l.exitus, colum.2.ff. de acquirend. possess.& hoc est decisum in Regno per Regiam pragmaticam, quę incipit, Assistentiam.

Ex antedictis constat testes non probare, & assistentiam non potuisse,nec posse concedi,& erronee contra formam iuris, & regiarum pragmaticatum fuisse concessam.

Vltra omnia supradicta dixi esse animaduertendum, quod dicta Vergilia est hæres sui patris, ex quo eius tutor adiuit hæreditatem,ut patet ex uerbis instrumenti præsentati in fol.46.& cum esset in infantili ætate, ut patet ex articulo septimo per ipsam pręsentato, & ex testibus super dicto articulo examinatis, tutor solus hæreditatem adire potuit Aret.in §. neque,in fine, Institut.de authoritat. tutor. & Borgninus Caualcan. in tractat. de tutore & curatore,numero 68.& ideo absque restitutione in integrum non poterat ipsa Vergilia repudiare, l.impuberibus,& ibi Bartol.ff.de acquirend.hæreditat. & sic repudiatio absque restitutione in integrum facta, non tenuit, quæ præsentata fuit in fol. 66. Cum igitur sit hæres, est etiam ex hoc capite excludenda, cum quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vindicantem, ff. de euictio.

Ex omnibus consideratis dicendum est affirmatiue instrumentum reassumptum non probare,nec virtute illius posse assistentiam concedi. Testes similiter non probare, & pro tacita hypotheca assistentiam concedi non posse,& Vergiliam vti filiam & heredem Ioannis Antonij fore & esse excludendum & ita tutis esse censeo & consulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Omnes de familia debent succedere ordine successiuo.*

2 *Per probibitionem alienationis extra familiam secuta alienatione inducitur fideicommissum.*

3 *Ex alienatione bonorum,quæ alienari probibita fuerunt,cum inductum sit fideicommissum, statim facta alienatione recuperari possunt, etiam viuente illo,qui alienauit.*

4 *Filij eius, qui bona alienauit, an possint illa recuperare.Et an existentes sub patria potestate, num.5. Et an emancipati nu.6. Et an quando emancipatio præcedit alienationem.nu.7. Vel sit post alienationem.nu.8.*

9 *Emancipati filij an agere possint post mortem patris, & bona alienata per eorū patre possint recuperare. Et quid,qū bomines de familia nati erant seu tempore testamenti, seu tempore mortis testatoris, vel nati non erāt tempore mortis testatoris,sed testator babuit considerationem ad natos,& nascituros.nu. 10.quod declaratur nu.11.12.13.*

14 §.Si

14 *§.si verò, versic. nullam. in authen. de hæredit. quæ ab intestat. per quam tollitur differentia patriæ potestatis, & emancipationis intelligitur tantum quoad successiones, quę ob intestato deueniunt, non autem quoad eas, quæ ex testamento.*

Consilium XLIV.

Facta per testatorem substitutione omnium bonorum in fauorem familiæ cum prohibitione & annullatione alienationis, de cuius validitate non dubitatur, & præsupposito, quod omnes de familia debeant succedere ordine successiuo, & valeant recuperare bona alienata.

Quia vnus de familia & primus vocatus alienauit aliqua bona, quæritur, nunquid filij dicti alienantis possint res illas recuperare viuente eorum patre, qui contrauenit, & si non possunt reuocare alienationem quando sunt in potestate dicti eorum patris, nunquid possint reuocare, & recuperare bona prædicta si sint emancipati, præsertim si emancipatio facta sit post alienationem.

1 Pro resolutione primo dicas omnes de familia debere succedere ordine successiuo, id est, omnes proximiores & in pari gradu. l. cum ita legatur. §. in fideicommisso, & l. peto. §. fratre. ff. de leg. 2. & in dictis iuribus Doctores communiter.

2 Secundo dicas, quod per prohibitionem alienationis extra familiam, sequuta alienatione inducitur fideicommissum. l. cum pater. §. cum inter. & ibi Bart. ff. de leg. 2. & ita tenent glos. & Bart. in d. §. fratre, Bart. & doctor. in l. si ita quis. § ea lege. ff. de uerb oblig. Bart. Bald. Paul. de Castro, Ias. Rip. Crotus, & alij Doctores communiter in l. filius familias. § D ui. ff. de leg. 1. Alex. in cons. 56. colum. fin. uolum. 1. ubi testatur de communi, in cons. 23. colum. fin. uolum. 2. & in cons. 59. uolum. 3. & Dec. in consilio vigesimotertio, ubi dicit ab hac opinione non esse recedendum.

Ex prædictis sequitur in casu nostro conclusio, quod cum fuerit facta prohibitio alienationis ex causa, quia testator uoluit bona remanere in familia sequitur, quod sequuta alienatione inductum fuit fideicommissum, ad quod proximiores de familia, & in pari gradu existentes admittuntur, & sic in isto casu particulari fuit per sacrum consilium decisum.

3 Cum igitur ex alienatione inductum sit fideicommissum, statim facta alienatione bona recuperari possunt etiam uiuente illo, qui alienauit. l. peto. §. fratre. ff. de leg. 2. l. cum pater. §. libertis, ff. eod. tit. Paul. de Castro in d. l. peto § prædium, & in d. § libertis. Crotus in repet. l. filiusfamilias. §. diui, in columna nihi xj. versic. tertia sit conclusio. ff. de legat primo, & Doctor. alios allegans in consil. 38. sub nu. 5.

4 Dubitatur, an hæc conclusio procedat in filiis illius, qui alienauit dicta bona per testatorem alienari prohibita. In hoc dubio pro eius resolutione duo sunt considerandi casus.

Primus est in filiis sub patria potestate existentibus.

Secundus est in filiis emancipatis.

5 In primo casu resolutio est, quod filij in potestate existentes durante vita eorum patris non possunt alienationem reuocare, sed tantum post ipsius mortem Bartol. & Paul. de Castro in l. filiusfamilias. §. cum pater, per illum textum. ff. de legat. primo, & ratio est, quia sicut directe non possunt agere contra patrem. l. lis nulla, de iudic. ita nec indirecte, volentes retractare alienationem factam per patrem, sed post mortem possunt, nisi sint hæredes, quia tunc obstaret exceptio, quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, l. vindicantem. ff. de euict.

6 In secundo casu pro eius resolutione, duæ sunt faciende conclusiones.

7 Prima est, quando emancipatio alienationem præcedit, & tunc filij emancipati etiam durante vita eorum patris possunt agere, & alienationem per patrem factam reuocare, sic concludunt Bart. Bald. Paul. de Castro, & cæteri Doctores in d. §. cum pater, & per illum textum.

8 Secunda est conclusio, quando emancipatio fit post alienationem, & tunc tenendum est filios emancipatos durante vita eorum patris non posse agere, nec alienationem reuocare, quæ opinio probatur in d. §. cum pater, in verbis illis, (quod euenit, & si uiuus filios emancipasset, & postea fundum alienasset,) notanda est illa dictio, postea, quę significat interuallum. l. non erit, in fine, & in l. nam & postea, de iureiur. & in l. prima. §. primo, ff. de verbor. obligat. & sic elicitur ex hoc textu, quod ad hoc vt filius emancipatus agere possit, necesse est, quod emancipatio præcedat alienationem & ratio differentię est.

Quia quando præcedit emancipatio ea non præsumitur in fraudem facta, sed quando emancipatio fit post alienationem, tunc in fraudem facta præsumitur, vt probatur ex dictis per Bartol. in l. prima, §. is quoque, in fine. ff. de collation. bonor. & ex notatis per Bald. in rubr. in secunda columna, in versic. quero, pone cum concepissem. C. de reuocand. his, quæ in fraud. credit. ac etiam ex conclusis per Hippolytum Riminaldum in §. Hoc quoque, numero trigesimooctauo. Institut. per quas personas vbi dicit hoc procedere etiam quando filij cum patre post emancipationem viuunt simul ad vnum pa-

nem & vinum, nam tunc fraus præsumitur, ut ei. in ca[illegible].

9 Cum igitur isti filij emancipati non possint agere uiuente patre, an post mortem patris agere, & bona alienata per eorum parte recuperare possint etiam si emancipatio in fraudem facta non præsumatur, controuersi est iuris.

Tu pro resolutione duos considera casus.

Primus est, quando homines de familia, qui ad fideicommissum ob secutam alienationem, petunt admitti, nati erant seu tempore testamenti, seu tempore mortis testatoris.

Secundus casus est, quando homines de familia tempore mortis testatoris nati non erant, sed possunt admitti, vt quia testator habuit ad natos & nascituros considerationem, ut est in quæstione proposita.

10 In primo casu dubium est, quia testator disposuit bona debere remanere in familia, igitur, qui non sunt de familia in fideicommisso succedere non possunt, sed emancipati non sunt, & desierunt esse de familia, l. tutelas, ff. de capit. diminut. & l. pronunciatio § familiæ, ff. de verb. signific. igitur in dicto fideicommisso succedere non possunt.

Hoc argumentum deseruit etiam pro resolutione secundi casus.

11 Stante hac difficultate, Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, & cæteri Doctores communiter in d. §. cum pater, resoluendo dubium, dicunt quod sufficit, quod sint de familia tempore mortis aui testatoris. l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de legat. 2. immo Baldus ibi ait sufficere etiam si sint de familia tempore testamenti. l. si cognatis, ff. de reb. dub. & ideo in primo casu concludendum est, emancipatos natos, uel tempore testamenti, uel tempore mortis testatoris uti comprehensos in fideicommisso posse succedere & post mortem patris agere, & pro eorum parte bona per patrem alienata, recuperare.

12 In secundo casu concludendum est emancipatos non comprehendi in fideicommisso & ratio est.

Quia ad hoc ut emancipati uti de familia succedere possint in fideicommisso, necesse est, quod fuerint nati tempore mortis testatoris, seu tempore testamenti, Bartol. Bald. Paul. de Castro, Alberic. de Rosate & Ang. in d. §. cum pater, Bart. Bald. Paul. de Castro & cæteri communiter in l. peto §. fratre. ff. de legat. 2. si igitur non sunt nati tempore mortis aui testatoris, seu tempore testamenti isti emancipati, cum tempore euenientis casus, quo in fideicommisso succedere possunt, non reperiantur esse de familia, sequitur, quod in fideicommisso succedere non possunt.

Confirmatur hæc conclusio, fideicommissum in casu nostro dicitur conditionale, quia sequuta alienatione introducitur, ideo qualitas illa, quod sit de familia requiritur tempore euenientis conditionis, quo cedit dies fideicommissi, l. intercidit, & l. eū, qui post, cum glo. ff. de condit. & demonst. tradit Socin in l. si cognatis, sub numero 8. in versiculo tu considera ff. de reb. dub. igitur si tempore euenientis conditionis, quis emancipatus reperiatur, & ideo eo tempore illa qualitas quod sit de familia, & quod bona in familia remaneant cessat, & non adest, quia emancipatus desinit esse de familia, ut etiam concludit Bartol. in l. a §. de matris, ff. ad Syllan. & desinit etiam esse cognatus, & agnatus, quia sola emancipatione tolluntur glo. in d. l. si cognatis, l. nam & cætera & ibi gloss. & l. tutelas, & ibi etiam gloss, ff. de capit. diminut. sequitur quod emancipatus in ipso fideicommisso succedere nō potest.

13 Ratio differentiæ inter utrumque casum est, nam primo casu, cum nati essent tempore testatoris, seu testamenti, testator de eis cogitauit comprehendi in fideicommisso, & ideo licet postea emancipentur post mortem testatoris, comprehenduntur in fideicommisso. d. §. in fideicommisso. d. § cum pater & d. §. fratre, ubi in fine consideratur hæc ratio, quod secus est, quando tempore mortis testatoris non erant nati, quia tunc de illis tantum cogitauit, qui tempore euenientis casus fideicommissi sunt de familia, unde cum tunc temporis de familia non reperiantur, sequitur quod præsumpta testatoris uoluntate succedere in ipso fideicōmisso non debent.

Stante hac resolutione oritur maximum dubium. Tu scis, quod facta alienatione inducitur fideicommissum, ad quod proximiores de familia admittuntur, si sequatur alienatio tempore, quo filij erant in patria potestate, ius eis acquisitum fuit, licet uiuente patre pro recuperatione agere non possint, sed bene post mortem: si deinde sequatur emancipatio, & duret, dubitatur an emancipati orti post mortem testatoris in hoc fideicommisso admitti possint, cum, tempore, quo agere possunt, non reperiantur de familia, & consequenter testatoris voluntas non adimpleatur. Considerantur igitur duo tempora, Primum est tempus euenientis conditionis, quo tempore defertur fideicommissum. Secundum est tempus, quo pro recuperatione, actio intentari potest, quod est post mortem patris alienantis, & sic est tempus acquisitionis.

Pro filiis facit text. in l. si quis filio exhæredato, in princip. de iniust. testamen. & in leg. secunda. §. proximum. ff. de suis, & legitim. in quibus iuribus probatur, quod

quod circa qualitatem, quæ requiritur ad successionem attenditur tempus, quo defertur hæreditas, ad idem facit tex. in l. 1. §. si liberi. ff. de bonor. possess. contratabul. sed isti filij tempore quo inductum fuit fideicommissum erant de familia, & sic qualitas ista quæ requiritur, ut in fideicommisso succedant, aderat tempore delati fideicommissi, igitur licet postea emancipentur, non impediuntur, quin pro recuperatione fideicommissi agere non possint.

Facit etiam, quia in hominibus de familia introducitur fideicommissum, si bona prohibita alienētur, ut in principio dictum fuit, & sic sub hac conditione, si igitur conditio eueniat tempore, quo filii erant de familia, ius eis acquisitum fuit, ideo ad illud admittuntur, etiam si postea non durent de familia, arg. l. ex facto. §. fin. ff. de uulgar. & pupill. substitut. l. si quis hæredem. C. de institut. & substitut. tradit Soccin. in d. l. si cognatis, sub numero 12.

Contra filios emancipatos facit Primo. Voluntas testatoris, quare prohibuerit alienationem, fuit, quia uolebat perpetuo bona remanere in familia, & de ea non exire. Ideo si alienetur inducitur fideicommissum in hominibus de familia, quod censetur a testatore factum, sub illa conditione si alienetur, pro conseruatione dictę familiæ, si igitur attenderetur tempus euenientis conditionis, quo tempore filij sunt de familia, & non tempus, quo agere possunt pro recuperatione bonorum alienatorum, quo tempore desierunt esse de familia, bona perpetuo non conseruarentur in familia contra expressam testatoris uolūtatem, ne igitur sequatur hoc inconueniens, cum mens præualeat ui, & rigori uerborum l. in conditionibus primum locum l. eas causas, & l. cum auus. ff. de condit. & demonstrat. dicendum est attendi tēpus, quo filij agere possunt.

Secundo facit. Qualitas existens tempore agnitionis fideicommissi attenditur, ut probatur in l. fin ff. unde liber. ubi filius, qui tempore delatæ successionis erat habilis, adeo, quod sibi delata fuit successio, redditur postea inhabilis propter qualitatem superuenientem, quæ inducit inhabilitatem, & propterea impeditur acquisitio. Idem probatur in l. 3. §. si emancipatus, el 2. ff. de bonor. poss. contratabul. & ibi Bartol. Idem uidetur uelle Bal. in l. ubi auiarum. C. de suis, & legit. hæred. dum dicit, quod statutum mediolani disponens, quod nupta extra territorium non succedat, habet locum in acquirendis, non in acquisitis, ideo si filia nupsit, postquā immiscuit se hæreditati paternę non obstat sibi statutum per l. fi. ff. unde liberi, secus ergo innuit, si nupsit post mortem patris, antequam se immiscuisset hæreditati paternæ, idem dicunt Raphael Cuman. & Ludouic. Pontan. in l. hæres per seruum. ff. de acquirend. hæredit. & ideo dixit Bald. in d. l. ubi auiarum, quod si filius effectus fuit frater minor, antequam se immisceret, succedunt alij cōsanguinei, secus si post immixtionem, sequitur etiam hoc Petrus de Ancharano in repet. canonum, de constitut. 12. quæst. princip. col. 101. & Corn. in cons. 123. uol. 2.

Sed in casu nostro, licet isti emancipati tempore euenientis conditionis, & sic delati fideicommissi essent de familia, & sub patria potestate, tamen tempore, quo uolunt succedere sunt inhabiles, ex quo uti emancipati non sunt agnati, cognati, nec de familia, igitur succedunt in hoc fideicommisso alij de familia exclusis istis emancipatis.

His stantibus non obstat. Prima ratio, quæ videtur facere pro filijs, quia vt apparet ex secundo fundamento, veritas est, quod qualitas attenditur tempore successionis, & non delati fideicommissi, nec obstant iura allegata, in quibus attenditur tempus delatæ hæreditatis, quia attenditur hoc respectu, vt si quis tunc temporis est inhabilis, excludatur, & alius præferatur, sed si tunc temporis erat habilis, & postea ante aditam hæreditatem superuenit qualitas, per quam inhabilitetur, tunc similiter excluditur, quia requiritur habilitas duobus temporibus in successione ab intestato, pro ut tria requiruntur in successione ex testamento. l. si alienum. §. in extraneis, de hæred. instituend. & §. in extraneis, Instit. de hæred. qualitat. & different. Præterea licet in suo, quo ad successionem, quæ fit ipso iure, quo ad nudum nomen hæredis ex suitate causatum, non sit diuersum tempus mortis ascendentis, & tempus successionis, ut procedunt dicta iura incontrariū, Tamen quoad acquisitionem, quæ fit mediante immixtione, tempus successionis est separatum a tempore delatæ hæreditatis, Ideo hoc respectu potest etiam attendi qualitas, quæ superuenit post delatam hæreditatem ante immixtionem, quia tūc effectualiter succedit, nec quo ad effectualem acquisitionem attenditur illa nuda successio, si superuenit obstaculum ante immixtionem.

Nec obstat secunda ratio, dum dicebatur sufficere conditionem adimpleri, licet non duret d. l. si quis hæredem, quia respondetur, quod in actu, qui momento perficitur, sufficit semel factum, licet factum non duret, vt dicunt in dicta lege Petrus, & Cynus, vel secundum Raphaelem, Baldum, & Angelum in dicta l. si quis hæredem, aut id quod versatur in conditione, habet causam permanentem, & successiuam, & tunc non sufficit semel factum, si non durat factum, aut non habet causam sui natura successiuam permanentem, & tunc si expeditur momento respectu totalis implementi, sufficit semel factum, licet non duret factum,

si vero cōditio non impleatur plenarie momento respectu totalis effectus, & tunc nō sufficit conditionem impletam, si non duret impleta. l. inter castellianum, de arbi. sed in casu nostro, conditio, quæ adimpletur ob alienationem, & ideo inducitur fideicommissum in hominibus de familia. habet causam successiuam, & permanentem, quia secundum voluntatem testatoris, ideo ob alienationem inductum fuit fideicommissum, ut bona perpetuo remanerēt in familia, & conditio, sub qua inducitur fideicommissum, licet adimpleatur momento, id est, facta alienatione, non tamen impletur momento respectu totalis effectus, quia filius viuente patre pro recuperatione agere non potest, igitur non sufficit adimpleri conditionem ad introducendum fideicommissum respectu illorum de familia, si illi perpetuo non durant in familia, vnde cum emancipati desierint esse agnati, cognati, & de familia. §. fin. Instit. de legit. agnat. success. non debent posse agere post mortem patris pro recuperatione bonorum alienatorum.

14 Et si dicatur sublatam esse hodie differentiam patrię potestatis, & emancipationis quo ad successiones per §. si vero, versicu. nullam, in Auth. de hæred. quæ ab intestat.

Respondetur verum esse quo ad successiones ab intestato tantum, non autem quo ad eas, quæ ex testamento deueniunt, Bart. in l. filio præterito, numer. 10. ff. de iniust. & rupt. testam. tradunt Barr. & Iaf. in l. si emancipati. C. de Collat. Angel. de Perus. in tract. de suit. q. 10. sub numer. 5. Doctores in §. emancipatos, de exhęred. liber. & in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. glo. & Bart. in l. fin. C. de Codicill. glo. & Doctores in l. si filius. ff. de minor. & in authent. ex causa. C. de liber. præterit. Marc. Mant. sing. 564. multiplici ratione, & est cōmunis opinio, vt testatur Emanuel Suarez in suo Thes. recept. sentent. in verbo, emancipatus, sub nu. 44. & Dec. in l. certum est. C. vnde legitim.

Et ita prout dixi iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1. *Mater minor viginti quinque annorum non potest esse tutrix.*
2. *Mulier quod gerat tutelam, est quid speciale.*
3. *Ætas non solum attenditur in tutore, sed etiam consilium, & præsertim in muliere.*
4. *Nullus tutor administrare potest, nisi iudex decernat administrationem.*
5. *Legitimus defensor non est, qui potest in integrum restitui.*
6. *Mater habens animum, & consilium nubendi non potest admitti ad tutelam. Non tamen a tutela arcetur, si nubat post tutelam legitimè susceptam. num. 7. secus si ante susceptam tutelam. nu. 8.*
9. *Mulier egens alieno consilio non potest esse tutrix.*
10. *Mater appetens mortem filiorum non debet ad tutelam admitti.*
11. *Mulier, quæ non est apta ad gubernandum non potest esse tutrix.*

Consilium XLV.

Mater ista quod non possit esse tutrix demonstratur ex pluribus.

1 Primo, quia annorum uigintiquinque minor esse dicitur, ut optime extat probatum, & ideo tutrix esse non potest l. fin. C. de leg. tutel. & l. matres. C. quando mul. tutel. offic. fungi potest.

Nec dicatur quod in regno, qui habet decem, & octo annos completos, reputatur maior, ut statuitur in constitutione incipiente, Minorum iura, et ideo mater, quæ decem, & octo annos excessit, ut est in casu nostro, tutelam suscipere potest, ut tenet Maranta in repet. l. is potest, in 4. limitatione. nu. 258. ff. de acquirend. hæred. & in similibus statutis, in quibus maior decem, & octo annorum habetur pro maiore, quod mater possit esse tutrix tenent Socin. in cons. 20. num. 11 uolumin. 2. Dec. in c. ex parte, el 2. in fine, extr. de appellat. & Borgninus Caualcani in tract. de tutore, & Curatore num. 7.

Quia respondeo quod etiam stante dicta constitutione, minorum iura, mater minor uigintiquinque annorum, non potest esse tutrix, & in tutela ipsa constitutio locum non habet, ut ratione, & authoritate probatur, ratione.

2 Primo, quia quod mulier gerat tutelam est speciale in matre, & auia, quod minor gerat tutelam esset aliud speciale, & inconueniens l. cuius bonis. ff. de curator. Furios. sed duo specialia, & inconuenientia non patitur lex l. 1. C. de dotis promiss. igitur dicta constitutio, Minorum iura, licet generaliter loquatur, tamen ne dicta specialia, & inconuenientia sequantur, non habet locum in tutela.

3 Secundo, in tutore non solum attenditur ætas, sed etiam consilium, & maxime in muliere l. 2. C. quādo mul. tutel. offic. fungi potest, sed ipsa constitutio non repræsentat consilium, ubi non est, quia repugnat materia arg. l. 2. de usufruct. earum rerum, quæ usu cōsumūtur: igitur dicta constitutio non loquitur in tutela.

4 Tertio, quia nullus tutor administrat, nisi iudex decernat administrationem l. fi. C. arbitr. tutel. sed iudex sapiens non debet decernere parum sapienti, sicut sunt iuuenculę quia iuueniles calores prompti sunt ad ruinam l. fin. §. filius autem, de bonisque liber. igitur non obstante dicta constitutione, iudex non debet huic minori tutelam decerneri

nere, ex qua etiam ratione dicendum etiam est respectu tutelæ dictam constitutionem non militare.

5 Quarto, & vltimo aliis omissis probatur hac alia ratione, qui potest in integrum restitui, non est legitimus defensor. l. minor vigintiquinque annorum. ff. de procurator. Sed ista minor, licet uirtute dictæ constitutionis regni, habeatur pro maiore, tamen potest in integrum restitui, ut in specie tradit Cagnol. in l. si quis maior, numero 40. C. de transact. & probatur arg. glossæ in l. unica. C. si de momentan. possess. fuer. appellat tradit Alex. in cons. 80. uolum. 7. & licet Afflictus ibi teneat contrarium, tamē tu non discedas a superiori opinione; quam ibi tenent etiam Andr. & Grammat. in fine igitur, ne dicta constitutio Regni dicatur in aliorum præiudicium introducta, & ne ex ea sequatur prauus, & iniquus intellectus, concludendum est non habere locum respectu tutelæ.

Authoritate probatur, nam ita tenet Bal. in cons. 105. uolum. 4. nec obstat, si dicatur, Consilium Baldi fundatum esse in statuto habilitante maiorem decem, & octo annorum ad negocia, quia Baldus fundatur in duabus rationibus.

Prima est, quia præsupponit statutum habilitare maiorem decem, & octo annorum ad negocia.

Secunda est, quia, & si generaliter loquatur, tamen respectu tutelæ numquam minor viginriquinque annorum. & maior decem, & octo dicitur habilitatus propter supradictas rationes, & alias, & dicit, quod hæc est ueritas, & ideo ab isto Illustrissimo Doctore, & Doctorum principe non est discedendum, & tanto magis cum asserat hanc esse ueritatem; hanc eandem opinionem tenet Cagnolus in d. l. si quis maior, nu. 40. qui mouetur, quia lex non potest facerè, quod ille, qui est minor, uere sit maior Anton. de Butr. in c. cum Vinconiensis, de elect. in prima opposit. Alex. in cons. 2. volum. 1. Dec. in cons. 258. sub num. 6. Riminald. lat. & Lancellot. Dec. in d. l. si quis maior, & ideo dicta constitutio quæ loquitur secundum fictionem habet locum in actibus ciuilibus, & nō in naturalibus, nam quod mulier minor uigintiquinque annorum non possit esse tutrix est ob imbecillitatem ætatis, & imperfectionem ętatis tunc temporis causatam a natura, & ideo hoc respectu non potest lex facere, quòd minor sit maior, qua de re in hoc actu naturali non intelligitur ipsa constitutio arg. l. fin. C. de his qui uen. ætat. impetrauer. & cum ista opinione Baldi transit etiam Alex. in additione ad Bartolum ad l. frater, in uerbo perfecte. C. de legitima tutela, & cū ea uidetur ēr pertransire Vincētius de Frāchis in decis. 167. sub num. 15 ubi postquam refert contrariam opinionem tenere Marantam, dicit contrariam opinionem tenere Cagnolum, & cum vltimo loco referat opinionem Cagnoli, eius opinionem tenere uidetur.

Ab hac igitur opinione non est discedendum, quæ verissimis fundatur rationibus, & authoritate ipsorum præclarissimorum Doctorum uidelicet Baldi, Alexandri, & Cagnoli, ac etiam Vincentij de Franchis,

6 Secundo, hæc mater non potest admitti ad tutelam filij; quia habet animum, & consilium nubendi, ut testes examinati super. 14. articulo, optime probant, sic tradit Bart. in auth. matri, & auiæ. C. quando mulier tutel. offic. fungi potest, sub num. 11. in uersic. sed eadem præsumptio est, & in auth. sacramentum. C. eod. tit. sub nu. 3. in uersicu. & sic statim.

Et si dicatur, prout dicebatur, matrem non solum ex animo, & consilio nubendi non priuari, sed etiam si expresse declaret velle nubere, ac etiam si contrahat sponsalia per uerba de futuro, non priuatur tutela, ut dicunt ultra alios Afflictus in decis. 357. & Boerius decis. 266. nu. 5.

Respondetur considerando de mente Doctorum duos casus.

7 Primus est, quando mulier suscepit filij tutelam, & post eam legitimè susceptam, habet animum nubendi, seu declarat velle nubere, seu contrahit sponsalia de futuro, nam tunc licet hinc inde sint opiniones, tamen Afflictus, & Boerins inclinant in hanc opinionem, quod mater a tutela filiorum iam suscepta non arceatur.

8 Secundus casus est, quando mater tutelam non suscepit, & ante susceptam tutelam habet animum, & consilium nubendi, nam tunc mater non potest esse tutrix & in hoc casu non habet locum d. auth. matri, & auiæ, & ita in terminis dicit ibi Bart. ac etiā in d. auth. sacramentum, eandem opinionē tenet Bald. in §. nos autem, Instit. de Attilian. tutor. & ita in vtroque casu tenent Gozadin. in cons. 18. num 4. & Ruyn. in consili 87. vol. 5. & hic secundus casus probatur in l. matres C. quando mulier. tutel. offic. fung. potest.

Et inter hos casus ratio differentię est, quia facilius quis impeditur habere, quam habita perdere arg. l. 1. §. casum. ff. de postuland. cum similibus.

Cum nos igitur simus in hoc secundo casu, concludendum est matrem hanc non posse tutelam suscipere.

9 Tertio quòd mater ista tutelam suscipere non possit probatur hac consideratione, Hæc mulier in contrahendo eget mundualdo, & sic alieno consilio, vt in secunda instātia probant omnes testes, ex quo igitur eget mundualdo & sic propinquorum consilio non potest esse tutrix Borgninus Caualcani in tract. de tutore, & curatore a num. 184. usque ad nu. 188.

Et

Et si dicatur, quod hodie in Regno sublatum est ius longobardorum, quo iure statuebatur mulierem egere mundualdo, ut tradit Maranta in tract. de ordin. iudic. in 3. parte, num. 126.

Respondetur, quod licet aliqui teneant in Regno sublatum esse ius longombardorum, aliqui vero teneant sublatum non esse, tamen omnes conueniunt, quod in locis, in quibus obseruatur, est attendendum, vt concludit Grammat. in constitutione Regni, incipiente, puritatem, idem dicit Carauita in commentarijs super ritibus magnæ Curiæ Vicariæ, in ritu. 292. cum igitur sit probatum in terra Calasci obseruari ius longobardorum respectu mundualdi, quo egent mulieres, igitur illud est attendendum.

Et si denuo dicatur, quod mulier eget mundualdo quando nomine proprio contrahit, secus si alieno nomine, puta procuratorio, vel tutorio nomine, quia tunc ualet contractus etiam sine mundualdo, Alexan. in l. quæsitum, col. final. ff. de in ius uocand. Paul. de Castro in l. cui cuuque. §. si ab alio. ff. de instito. & Maranta in d. 3. parte, numer. 124.

Respondetur, quod immo mulier contrahens nomine alieno, virtute dicti iuris, eget etiam mundualdo, & sic contra opinionem Alexandr. tenent Raphael comensis, & Iacobus de pureo in l. apud Iulianum. §. 1. ff. ex quibus caus. in possess. eatur, Alciat. in tractat. præsumpt. reg. 1 præsumpt. 52. nu. 6. ubi ait hanc esse ueriorem opinionem, & addens ad Alex. in d. l. quæsitum, ubi tenet hanc opinionem etiam contra Alexādrum, & pro ea allegat An. in cons. 103. & decisionem Rotæ Romanæ, & ratio est, quia cum ex forma statuti mulier sine cōsensu propinquorum non sit habilis ad facta sua, ergo nec ad aliena l. fin. C. de legit. tutor. & §. minores, Instit. de excusat. tutor. facit quod notant Soc. & Ias. in l. 1. §. item acquirimus. ff. de acquirend. possess.

Et propterea ex hoc mulier prohibetur acceptare tutelam, quia cum regula sit iuris antiqui, quo qui alieno regitur consilio, ipse ad tutelam non admittatur. d. l. fin. & d. §. minores, ideo statutum introducens, mulierē regi consilio propinquorum, priuat eam iure acceptandi tutelam, quia talis regula habet locum etiam in correctorijs ut per Bart. & Doctores in l. 2. ff. de leg. 1. & sic per dictū statutum corrigitur. d. auth. matri, & auiæ, & reducimur ad ius antiquum. l. fœminæ. ff. de reg. iur. quæ reductio est fauorabilis glos. in c. statutum, in uerbo, numerandum, de præbend. in 6. Anton. de Butr. in c. olim, de uerbor. significat. probat tex. in l. si unus. §. pactus ne peteret, in fine. ff. de pact. & ita in particulari tenet Alciat. in d. præsumpt. 52. nu. 7. quem sequitur una cum aliis Doctoribus per eum allegatis Borgninus Caualcan. in tract. de tutore, & Curatore a num. 186. usque ad num. 180. qui mouetur alia & urgenti ratione, & idem tenet Viuius in libro, 2. Siluæ communium opinionum in opin. 796. num. 21. & ante supradictos Doctores ita concludit Alex. in d. l. quæsitum, ubi licet teneat, matrem sine consensu propinquorum tutorio nomine contrahere posse, non obstante dicto statuto, tamen cōcludit matrem in hoc casu stante dicto statuto, nō deberi dari tutricem, & sic etiam si uellemus tenere Alexandri opinionem, habemus intentum, non est igitur discedendum a prædicta conclusione, quod huic matri non est decernenda tutela.

10 Quarto probatur. Hæc mater appettit mortem filiæ, ad hoc, ut iterum possit nubere, ut super 16. articulo deponunt testes, qua de re debet suspecta reputari, cum mortem alicuius expectare sit triste Bart. in l. mutianę, num. 6. ff. de condit. & demonstrat. probatur in l. lex quæ tutores §. lex enim. C. de administrat. tutor.

11 Quinto, & ultimo principalis conclusio probatur hac alia consideratione.

Ista mulier non est apta ad gubernādum, cum sit parui cerebri, ut omnes testes examinati tam super tertio, quam super quinto articulo probant, ideo ob dictas qualitates nō potest esse tutrix arg. §. Furiosus, Instit. qui tutor. testam. dar. poss. & l. 3. §. quamuis. ff. de administr. tutor. probatur in d. l. matres.

Ex prædictis concludendum est hanc matrem non debere admitti ad tutelam, & ita consulo, & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

SVMMARIVM.

1 *Cæptum vbi est iudicium ibi terminari debet, etiam si eo pendente quis efficiatur clericus, vel alterius fori, & nu. 2.*

Consilium XLVI.

1 IVdicium cæptum inter laicos coram iudice seculari, si lite pendente unus ex ipsis clericus efficiatur, coram iudice seculari iudicium ciuile, & pecuniarium finiri debet non obstante clericatura, quia ubi cæptum est iudicium, ibi finiri debet l. ubi cæptum. ff. de iudic.

2 Quæ lex habet locum etiam si quis efficiatur alterius fori, uti clericus, ita in particulari tenent glos. in l. si quis postea quam. ff. de iudic. Paul. de Castro. Dec. Ias. & Cagnol. in l. cum quædam puella. ff. de iurisd. omn. iud. Cagnol. in l. 2. sub num. 249. in uers. secundo pro ista opinione. C. de pact. inter emptor. & ven-

uendit. Abb. in c. 1. colum. 4. uers. concludo secundum Io. Andream, extr. de obligat. ad ratiocin. & in cons. 85 num. 8. ubi ait hanc esse communem opinionem Doctorum. Felin. in c. ex tenore, num. 34. extr. de rescript. Speculat. in tit. de reo, in princ. in uers. sed quid si pendente, ubi dicit hoc esse uerum, si causa sit ciuilis, Vincent. in c. at si clerici, extr. de re iudicat. Hostiens. in c. proposuisti, de foro competent. & in sua summa, in tit. de foro competenti, Alan. & Goffred. in summa titu li, de obligat. ad ratiocin. Bartholomæus Brixiensis in quæstione generali aliquis litigabat, Io. de Deo in d. c. de obligat. ad ratiocin. Butrigar. in l. penult. ff. si ex noxal. caus. agat. Io. And. in d. c. 1. & in c. uerum, de foro competenti. Alex. & Ias. in l. si quis. ff. si quis caut. Angel. Imol. & Alex. in l. nemo potest. ff. de leg. 1. Petr. de Anchar. in c. ea quæ, de regul. iur. lib. 6. Lapus in allegat. 118. incip. quæritur non leuiter, in uers. item si clericus, Rota Romana in antiquis in decis. 552. sub tit. de foro competenti, & in decis. 1. sub eodem titulo, de foro competenti, posita post decisiones antiquas. & Lucas de Penna in l. nullus. C. de ueteranis lib. 12.

Non est igitur ob authoritatem tantorum doctorum discedendum ab hac opinione, quæ etiam in puncto iuris est uerior, ut probatur l. si quis postea quam. ff. de iudic. in l. cum quædam puella. ff. de iurisd. omn. iud. & in c. proposuisti, extr. de foro compet.

Et ita iuris esse censeo, & consulo.
Ego Alexander Trentacinque V. I. D.
Et sic per Curiam Episcopalem Aquilanam decisum fuit.

SVMMARIVM.

1 *Clerici, qui interuenire debent in Synodo Diœcesana, habent votum consultiuum, & decisiuum, & nu. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9.*

2 *In Synodo diœcesana quando legitur, quod actum, seu definitum est in concilio prouinciali, clerici nullum habent votum.*

Consilium XLVII.

Tria sunt concilia. Primum est generale, cui præest Papa, & dicitur generale, quia repræsentat totam ecclesiam uniuersalem.

Secundum est concilium prouinciale, sic dictum, quia repræsentat ecclesiam prouinciæ, & in hoc interesse debent episcopi prouinciæ 18 distinct. per totum.

Tertium est concilium episcopi, quod appellatur Synodale, & in hoc debent conuenire omnes clerici Diœcesis, can. decernimus, 18. distinct. tradunt Abb. Imol. & alii in cap. graue nimis, extr. de præbend. & dignitat.

1 Stantibus his, dubitatur, an clerici, qui interuenire debent in Synodo Diœcesana habeant uotum consultiuum, & decisiuum. Pro resolutione huius dubii duo sunt considerandi casus.

2 Primus est quando fit concilium prouinciale, & in hoc resolutio est, quod clerici in synodo diœcesana non habent uotum cōsultiuum, nec decisiuum, ex quo in ea non fit aliud, nisi quod referri debēt omnia, quæ eodem anno in concilio illo prouinciali acta sunt, uel deffinita esse noscuntur, ad hoc ut per omnes clericos diœcesis, obseruentur, ita probatur in cap. decernimus 18. distinct. & ibi Archidiaconus.

3 Secundus casus est, quando non fit concilium prouinciale, sed tantum episcopi, quod appellatur Synodale, vt est, quando episcopus nulli est suffraganeus, & nullum recognoscit in superiorem præter Summū Pontificem, vt est Reuerendissimus Episcopus Aquilanus, & in hoc casu, clerici qui interueniunt in Synodo Diœcesana habent uotū consultiuum, & decisiuum, & hoc verum esse probatur ex infrascriptis.

4 Primo, vti concilium generale non consistit in solo Pontifice; nec in suis præsidentibus, sed repræsentatur in tota congregatione vniuersalis ecclesiæ, seu maioris partis, in nomine Domini. xxiiii distinct. & c. bene quidem, 96. distinct. ita arguendo de toto ad partem concilium Synodale non consistit in solo episcopo, sed in tota congregatione eius Diœcesis, quod patet ex ethimologia vocabuli, nam concilium idem est, quod cœtus, seu congregatio secundum Isydorum in c. canones, xv. distinct. Vnde non potest dici factum Synodale, nisi fiat a toto Synodo, vel eius maiori parte, quod etiam probatur ex hoc simili. Episcopus existens in capitulo ut prælatus, non dicitur facere de consensu capituli, nec factum a capitulo, nisi cōcurrat cum eo iudicium saltim maioris partis, ex quo capitulum repræsentatur per maiorem partem. l. aliud. §. refert. ff. de reg. iur. ita tradit Io. Andr. post Hostiensem. in cap. pen. de appellat. in 6. & sic a simili non dicitur fieri in Synodo, nisi concurrat iudicium totius Synodi, seu maioris partis.

5 Secundo probatur. Ad concilium prouinciale vocandi sunt episcopi, & non alii xviii. distinct. per totum, sed quæritur, an sint Episcopi iudices seu assessores, & resolutio est, quod sunt iudices Abb. in c. & si membra, extr. de his, quæ fiunt a prælat. sine consens. capitul. quod probatur in cap. decernimus, xviii. distinct. in uerbis illis, quæ eodem anno in concilio acta sunt, vel deffinita esse noscuntur, & sic dicitur per concilium prouinciale acta deffiniri, probatur etiam in c. xviii. sess. 24. in uerbis illis, episcopum Archiepiscopus, Archiepiscopum, & superiores

res Synodus prouincialis acriter corripere, eosque ad omnia supradicta cogere debeat, & ut quam primum hoc sanctum, & pium opus, ubicunque fieri poterit, promoueatur, studiose curabit, & in finalibus uerbis, in cap. 3. sess. 24. in uerbis illis, nec non, & aliis pœnis in Synodo prouinciali, arbitrio Synodi, absque ulla spe ueniæ, multetur, & in c. xviii. sess. 24. in uerbis illis, licebit etiam Synodo prouinciali, si qua in supradictis circa examinationis formam addenda, remittendaue esse censuerit, prouidere, & in c. 2. 24. session. & in cap. xii. sess. 24. & in sess. 25. in c. de inuocatione, ueneratione, & reliquiis sanctorum, & sacris imaginibus, in finalibus uerbis, in uersic. quod si aliquis dubius, & in cap. 22. sess. 25. & in cap. 11. sess. 25. de reformatione, in quibus omnibus capitulis apparet, quod Synodus prouincialis dicitur determinare, & ideo episcopi, qui dicto concilio præsunt, habent uotum consultiuum, & decisiuum. Modo sic, valet argumentum de toto ad partem, & sic quod iuris est de toto quo ad totum, idem iuris esse debet de parte, quo ad partem. l. quæ de toto, & ibi glos. & Bart. ff. de rei uendicat. & ideo sicut, qui intersunt concilio prouinciali habent uotum consultiuum, & decisiuum, ita & eodem modo, qui interesse debent, & interueniunt in concilio episcopi, & sic Synodali habent uotum consultiuum, & decisiuum.

6 Tertio probatur in canon. propter ecclesiasticas causas, distinct. xviii. in uerbis illis, Synodicam expectare sententiam, & sic Synodus Diœcesana, de qua loquitur ille textus, sententiam profert.

7 Quarto probatur in can. episcopus sacerdotis, xv. quæstion. 7. & ibi glossa est in terminis.

8 Quinto, & vltimo probatur. Synodus Diœcesana omnes clericos tangit, & ideo ab omnibus existentibus in Synodo comprobari debet. 63. distinct. cap. 1. tradit glossa in c. fin. in uerbo, contingere, de his quæ fiunt a prælat. sine consen su capituli.

Ex prædictis concludo clericos existentes in Synodo Diœcesana, habere uotum consultiuum, & decisiuum. & ita iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Eadem summa pecuniarum in diuersis scripturis relicta, multiplicata ab hæredibus est præstanda, & ideo idem legatum in testamento, & codicillis, eiusdem qualitatis repetitum bis est præstandum.*

2 *Debitor ex causa voluntaria legando creditori suo non præsumitur legare animo compensandi, cum ipso credito, sed vt creditor vtrumque habeat.*

3 *Quantitas eadem promissa, & relicta ab eodem, & eidem personæ non debetur nisi semel. Nisi quantitas legata conueniat cum quantitate debita. nu. 4. Vel nisi, quando non esset legatum animo compensandi, opus esset distrahere bona immobilia, sine quorum distractione hæres non haberet facultatem soluendi vtrumque neque legatum, & debitum nu. 5. Vel testator legat eadem de causa, qua debet nu. 6. Vel aliàs verba legati sint superuacanea, si non significent animo compensandi fuisse legatum. numero 7.*

8 *Si ob certam causam promissio in apocha facta fuit; & similiter ob eandem causam legatum eiusdem summæ relictum fuit, secunda summa, & non prima debetur. Si autem causa nec in promissione, nec in legato specificata fuit, idem est dicendum numero 9.*

Consilium XLVIII.

Capitaneus Marius vxoris Barnabeæ Chiauellonii ducatos sexcentum post sex menses post eius mortem dare promisit mediante quadam Apocha. Deinde condidit testamentum, in quo dictæ Barnabeæ sexcentum ducatos ab eius hæredibus post sex menses post eius mortem soluendos reliquit. Dubitatur modo, an summa prædicta ab hæredibus duplicata solui debeat.

In hoc dubio prima facie dicendum uidetur prædictam summam ducatorum sexcentum debere solui Barnabeæ ab hæredibus Capitanei Marij duplicatam ex infrascriptis.

1 Primo, quando summa pecuniarum eadem in diuersis scripturis relinquitur, tunc multiplicata ab hæredibus est præstanda, & ideo quando testator in diuersis scripturis repetisset legatum eiusdem quantitatis, vt puta in testamento, & codicillis, tunc bis erit præstandum, glos. Bart. & reliqui in l. plane. §. si eadem. ff. de leg. 1. ubi Ias. num. 11. testatur esse communem opinionem, & idem esse in contractibus scripserunt multi congesti per Iacobum Menochium in tract. de arbitr. iudic. libr. 2 casu 213. num. 19. & idem ipse tenet in 2. uolum. tractatus, de præsumptionibus, in præsumpt 128. num. 13. cum quibus concurrit Natta in cons. 362. num. 13. volumine secundo.

Sed in casu nostro sumus in eadem summa pecuniarum in diuersis scripturis promissa, & relicta ab eodem Capitaneo Mario una uidelicet in Apocha, altera uero in testamento, igitur ipsa summa ducatorum sexcẽtum bis ab hæredibus Capitanei Marij, Barnabeæ solui debet.

2 Secundo, debitor ex causa uoluntaria legando creditori suo non præsumitur legasse animo compensandi cum ipso credito, sed ut creditor utrumque habeat, Doctores omnes in l. si cum dotem. §. si pater. ff. solut. matrimon. & in auth. præterea. C. unde uir, &

uxor.

uxor, Corn. in cons. 288. num. 19. & apertius in cons. 292. num. 6. lib. 1. Neuizan. in consil. 62. num. 22. Paris. in cons. 69. num. 28. & in cons. 95. num. 38. lib. 2. Ruin. in cons. 92. nu. 6. volum. 5. Didacus in c. officii, numer. 2. de testament. Phanucius de lucro dotis glos. 8. num. 87. Crauett. in cons. 86. numer. 1. & in cōs. 686. num. 6. & late Iacobus Menochius in cons. 56. num. 13. lib. 1. & in 2. uol. tract. de præsumpt. præsumpt. 110. num. 7. Hæc conclusio tanto magis procedit, quando testator legat suo creditori, quem maxime diligit, nam tunc coniectura est, legatum non fuisse relictum animo compensandi, sed ut liberalis erga eum esset, ita Corn. in consil. 288. colum. ultim. uers. nec est uerisimile, & in consil. 292. colum. 3. uers. iuuatur etiam, lib. 1. & in cons. 127. num. 5. volum. 3. Socin. iun. in cons. 79. num. 51. uolum. 3. & Iacobus Menochius in cons. 56. num. 8. & in consilio 162. num. 25. & tanto magis procedit, quando debitum esset in diem, nam tunc præsumitur legatum factum animo non compensandi Alex. in cons. 7. num. 16. uers. & tanto fortius, li. 6. Sed in casu nostro Capitanius Marius in Apocha promisit uoluntarie Barnabeæ sexcentum ducatos, & sic erat debitor ex causa uoluntaria, & cum esset uoluntarie debitor, eidem Barnabeæ legauit in suo testamento sexcentum ducatos, & dicta Barnabea maxime a dicto Mario dilecta, erat, & dictum debitum ex causa uoluntaria factum erat in diem, ex quo solui debebat post sex menses, post mortem testatoris igitur legatum in testamento factum, animo compensandi cum prædicto uoluntario debito factum non præsumitur, sed ut Ipsa Barnabea utrumque haberet.

His non obstantibus in contrarium se habet ueritas, & sic quod dicta summa ducatorum sexcentum semel solui debet, & quod legatum animo compensandi factum, præsumitur, & quod semel solui debeat, probatur hac ratione.

3 Quantitas eadem promissa, & relicta ab eodem, & eidem personæ non debetur, nisi semel. l. plane. §. si eadem res. ff. de leg. 1. ubi idem tenent Dyn. Bar. Imol. Salycet. Raph. Paulus de Castro, Alex. Aret. Ias. Zasius, & alii Doctores communiter, quam etiam sequuntur Fernandus Vasquius in tractat. de successionum progressu lib. 3. §. 21. num. 8. & 10. & Iacobus Menochius in tract. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 128. num. 9. sed in casu nostro eadem quantitas promissa, & relicta fuit ab eodem Capitanio Mario, & eidē personæ scilicet Barnabeæ, igitur semel tantum debetur.

Quod animo compensandi legatum factum præsumatur, probatur hac consideratione.

A regula, & conclusione, quod legatum factum a debitore ex causa uoluntaria, animo compensandi factum non præsumatur, receditur, quando in contrarium extant coniecturæ, ut tenent Abb. in cons. 81. colum. 2. uolum. 2. Corn. in cons. 115. num. 2. uolum. 4. Didacus in c. officii, in fine, de testam. Hieron. Gabriel in cons. 106. num. 8. & Crauett. in cons. 686. num. 3. & Iacobus Menochius in cons. 56. num. 19. uolum. 1. sed in casu nostro extant coniecturæ, per quas præsumitur testatorem legasse animo compensandi cum debito antecedenti ex causa uoluntaria facto, quæ sunt istæ.

4 Prima est, quando quantitas legata conuenit cum quantitate debita tunc præsumitur factum legatum animo compensandi cum debita illa quantitate, ita tenent Paul. de Castro in l. si cum dotem. §. si pater. ff. solut. matrimon. Corn. in cons. 257. & in cons. 288. num. 4. uolum. 1. & in cons. 230. colum. 3. num. 5. uolum. 4. Ruin. in cons. 86. num. 12. lib. 2. Socin. iun. in cons. 79. num. 70. uers. octauo prędicta, lib. 3. Comens. in cons. 133. col. 1. Fulg. in cons. 81. Ruin. in cons. 223. numer. 2. lib. 1. Abb. in cons. 81. in fine, lib. 1. Crauet. in cons. 686. num. 6. & Iacobus Menochius alios allegans in dict. præsumpt. 110. num. 26. Sed in casu nostro quantitas promissa in Apocha sexcentum ducatorum soluendorum post sex menses, connumerandos a die mortis testatoris conuenit cum quantitate legata, quia legata fuit quantitas similiter sexcentum ducatorum eodem modo soluendorum, igitur legatum præsumitur animo compensandi factum.

5 Secunda coniectura est, quando si diceremus non animo compensandi fuisse legatum, opus esset distrahere bona immobilia, sine quorum distractione hæres non haberet facultatem soluendi utrumque nempe legatum, & debitum, & ideo, ne sequatur hæc distractio, præsumitur factum legatum animo compensandi ita Afflict. in decis. 44. num. 28. refert, & sequitur Iacobus Menochius in d. præsumpt. 110. num. 46. sed in casu nostro si duplicata summa solui deberet in tempore sex mensium post mortem testatoris oporteret uendere, & distrahere bona immobilia, sine quorum distractione hæres non haberet facultatem soluēdi vtrumque id est legatum, & debitum, vt in facto præsupponitur, igitur præsumitur legatum animo compensandi cum debito factum fuisse.

6 Tertia coniectura est, quando testator legauit eadem de causa, qua debet, nam tunc præsumitur animo compensandi legasse cū eo debito Bart. & Alex. in l. huiusmodi. §. cum pater. ff. de leg. 1. Ruin. in cons. 223. nu. 4. uolum. 1. Comens. in cons. 18. Crauett. in cons. 686. num. 3. & Iacobus Menochius in d. præsumpt. 110. num. 48. sed in casu nostro Capitanius Marius saporis legatum sexcentum ducatorum Barnabeæ fecit, ex eadem causa,

causa, qua se virtute Apocæ constituit debitorem in sexcentum ducatis, vt in facto præsupponitur, igitur concludendum est legatum animo compensandi factum fuisse.

7 Quarta coniectura est, quando alias uerba legati essent superuacanea, si non significarent animo compensandi fuisse legatum, Afflict. in decis. 44. nu. 19. sed in casu nostro testator ordinauit in testamẽto, ut hæredes quolibet anno debeant mittere ad censum ducatos biscentum, modo si hæredes cogerentur duplicatam summam soluere, non possent mittere ad censum quolibet anno ducentos ducatos, & consequenter testatoris uoluntatem adimplere non possent, igitur ne uerba legati superuacanea sint, & ad hoc ut testatoris uoluntas conseruetur, concludendum est, legatum factum animo compensandi fuisse.

His stantibus, non obstant in contrarium adducta.

Primo non obstat primum fundamentum, & pro eius resolutione duo sunt considerandi casus.

Primus est, si ob certam causam promissio in Apocha facta fuit, & similiter ob eandem causam legatum eiusdem summæ relictum fuit.

Secundus est, si causa nec in promissione, nec in legato specificata fuit.

8 Si primo casu loquimur, & tunc inter Doctores uera est resolutio, quod debeatur secunda summa, & non prima, a qua censetur recessum, ut probatur in l. libertis, la 2. in princ. ff. de aliment. & cibar. legat. & ita tenent glos. Comens. Paulus de Castro, & Ias. num. 11. in uers. intellige uerum in d. §. si eadem, Bart. in l. cum centum. ff. de adimend. legat. Abb. in cons. 4. in 5. dubio, volumine 2. Comen. in consilio 134. Cardin. Zabarell. in cons. 60. in fine, Paulus de Castro in l. 1. Lucius, la 1. colum. 2. ff. de leg. 2. & in cons. 3. ubi detur dicendum, quod utrumque, colum. 1. uers. secundo ad idem, uolumine secundo, Ruin. in cons. 223. num. 4. volum. 1. & in cõs. 60. numer. 2. uolum. 2. Crauett. in cons. 167. numer. 10. & Iacobus Menochius in d. præsumpt. 110. & in tractat. de arbitr. iudic. libro secundo, centur. 3. casu 213.

9 Si secundo casu loquimur, & tunc eodem modo est in casu nostro concludẽdum ex duobus.

Primo, quia licet diuersæ sint scripturæ, tamen non uariauit uoluntatem, sed continet eandem uoluntatem in summa, & in tempore sub eisdem uerbis, & illa uoluntas, quæ fuit in promissione, eadem, & eodem modo fuit in testamento, & ideo summa non dicitur multiplicata, sed eadem debetur, & semel, ita concludit de mente Dyni Paul. de Castro in d. §. si eadem res, & fuit opinio etiã Iac. de Aret. quam opinione sequitur Bart. in l. cum centum per illũ tex. ff. de adimend. legat. & eandem sequuti sunt Bald. & Petr. in d. §. si eadem res, & sic conclusio, quod quando sumus in diuersis scripturis summæ multiplicatę dicuntur, non procedit, quando disponens non uariauit uoluntatem, nam tunc multiplicatæ non sunt, & una tantum summa debetur, ut est in casu nostro.

Secundo, quia ut in facto præsupponitur, hæc Barnabea erat pauper, & pupilla, ideo tã promissio, quam legatum, dicitur facta, & factum ob piam causam, ex quo conclusio est, quod quando relinquitur pauperi, & inopi ob piam causam factum præsumitur Bald. in auth. similiter, num. 5. C. ad leg. Falcid. & ibidem Roman. num. 3. & Tiraquellus plures alios allegans in tract. de priuilegiis piæ causæ, in præfat. colum 5. uers. item relicta pauperibus, & cum etiam sit alia conclusio, quod legatum factum uiduis, pupillis, & aliis miserabilibus personis, præsumatur ad pias causas factum, ita Tiraquellus in dicto tractatu de priuilegiis piæ causæ, in proemio colum. 5. uers. item relicta uiduis, post speculatorem, Baldum, Petrum Perusinum, & Aretinum, quos commemorat, cum igitur uirtute præsumptionis iuris eadem causa præsumatur tam in promissione, quam in testamento, idest causa pietatis, sequitur, quod etiam si simus in diuersis scripturis, cum eadẽ causa sit promittendi, & legandi præsumitur, quod una summa pecuniarum debetur cum eadem uirtus expressi, & taciti sit l. cũ quid. ff. de reb. credit. si cert. petat. & propterea conclusio illa, quod quando sumus in diuersis scripturis summæ omnes in eis contentæ debentur, procedit, quando eadem causa expressa tacita seu præsumpta non adest in omnibus scripturis, sed si adest, secus est, quia tunc unica summa, & non duplex debetur, ut dictum fuit.

Non obstat secundum fundamentum, quia non habet locum, quando incontrarium adsunt coniecturæ, quia tunc receditur a dicta conclusione, & in casu nostro adsunt plures coniecturę, per quas præsumendum est legatum factum fuisse per testatorem animo compensandi, ut supra dictum fuit, & adest alia, quia propter ipsam Barnabeam fuit ipse Capitaneus Marius interfectus, ideo non est præsumendum uoluisse multiplicare summam, quia alia causa, quam donationis præsumi potest, & ideo animo compensandi legasse præsumitur Afflict. in decis. 44. num. 24. & Crauett. in cons. 149. num. 9. & cum fuerit interfectus ex causa Barnabeæ ipse Capitaneus Marius legauit etiam pro euitandis discordiis, litibus, & inimicitiis, ne in futurum cum eius hæredibus similia succederent, & ideo animo compensandi legasse præsumitur, Corn. in cons. 115. num. 2. uolum. 4. Crauett. in cons. 149. numero 3. & numero undecimo, uers. nona coniectura, & Afflict. decis. 44. numero 27. vers.

uerſ.undecimo,& numero 29. uerſ.decimo quarto.

Ex prędictis apparet ſummam ſexcentum ducatorum duplicatam non eſſe ſoluendā, ſed ſemel tantum, & legatum præſumi factum fuiſſe animo compenſandi cum antecedenti debito ex cauſa promiſſionis, & ita iuris eſſe cenſeo,& conſulo.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

SVMMARIVM.

1 *Paries communis probatur ex immiſſione lignorum, & trabium. Et ex coniunctione aliorum murorum, num. 2. Niſi arguatur contrarium, nu. 11.12. Et ex camino, nu. 3. & ſi ex aliqua parte ſit communis, totus præſumitur communis, nu. 4. Et etiam ex lignis in eo exiſtentibus. nu. 5.*

6 *Paries præſumitur eius, cuius ſunt ſigna immiſſa, quando ex latere vnius immiſſa ſunt vltra dimidium pa rieeis, ſi verò non excedunt dimidium, paries præſumitur communis, & numero 15. Et quando feneſtrellæ ſunt ex eius parte, ipſius eſſe præſumitur paries. numero 7. & num. 17. Et quando feneſtræ perforantes totum murum extant ex parte vnius. num. 8. Et in oneribus ferendis. nu. 9. Et ex præſenti poſſeſſione. nu. 10.*

13 *Plures præſumptiones, quando vni ſimul aduerſantur, dicantur fortiores, & illam diluant.*

14 *In cauſa ciuili non ardua plures præſumptiones ſimul iungantur ad conſtituendam plenam probationem.*

16 *Teſtes concludentes rationem non reddentes non probant.*

18 *Murum communem an poſſit vnus eleuare vſque ad ſydera, & ſuper eo ædificare etiam ſi vicino noceat, & nu. 22. 23. 24. vſque ad fi. e.*

19 *Super muro communi licet ædificare, dummodo ſuperædificatum remaneat cōmunis. Nec noceat vicino, nu. 20. 22. Nec murus ſit communis pro indiuiſo, nu. 21.*

24 *Quæ ſunt facti non præſumuntur.*

Conſilium XLIX.

PRo reſolutione præſentis difficultatis uidenda ſunt plura.

Primo, an paries uſque ad tectum, & ſupra tectum ſit communis.

Secundo, dato & non conceſſo, quod ſit communis, an pro diuiſo, uel pro indiuiſo communis exiſtat.

Tertio, an in dicto pariete, dato, & non conceſſo, quod ſit communis, liceat Antonio ipſum altius extollere, ita, & taliter, quod poſſit de directo, & in totum, & per totum lumen auferre, & occęcare.

In primo dubio uidetur prima facie dicendum murum eſſe communem ex infraſcriptis.

1 Primo, ex parte Antonii in dicto muro immiſſa ſunt ligna, & trabes, quæ ſuſtinēt tectum, ex quorum immiſſione probatur paries communis, quandoq; pro diuiſo, & quandoque pro indiuiſo, & ex ſocietate, expreſſa uel tacita Bar. in l. damni infecti, in §. cum parietem, quam legit cum. l. inter quas. ff. de damn. infect. Soc. in conſ. 44. nu. 2. uol. 4 Cepoll. in tract. de ſeruitut. urban. præd. in c. 40. nu. 11. eum ſeqq. Pariſ. in conſ. 116. nu. 9. uol. 4. & Boer. in conſ. 5. nu. 6.

2 Secundo, quia in ambabus extremitatibus dicti muri ſunt duo muri mag. Antonii iniuncti, & colligati cum dicto pariete, qua de reprobatur etiam dictus murus communis, vt dicit Soc. in d. conſ. 44. ſub nu. 2. in uerſic. confirmatur dicta opinio, quem ſequitur, & comprobat Ioannes Petrus Surdus in conſ. 126. num. 13. & 14.

3 Tertio, quia in dicto muro ex parte Antonii adeſt Caminus, & ex camino, ſiue Cappa, aut tuba, murus communis præſumitur, Cepolla in tract. de ſeru. urban. præd. cap. 40. ſub nu. 14. in verſ. item cognoſci poterit, & in c. 64. per totum.

4 Quarto uſque ad tectum uidetur apparere murum eſſe cōmunem, quia ſuſtinet trabes, tigna, ſolaria, tectum, & in eo extat tuba camini, ſi ergo pro hac parte eſt communis, dicendum eſt eum communem eſſe in alia quoque parte id eſt ſupra tectum, quia eſt unus, & idem murus, & idem de toto iudicatur, quod de parte. l. 3. in princ. ff. de acquirend. poſſeſſ. eadem enim res non debet diuerſo iure cenſeri. l. eum, qui ædes. ff. de uſucap. & ita tenent Cepolla in d. c. 40. colum. 6. uerſ. ſecundo caſu principali quando totus, Soc. in d. conſ. 44. num. 2. circa finem, uerſic. ſed hic ſupereſt difficultas, uol. 4. Hieron. Gabriel in conſ. 149. num. 1. & Ioannes Petrus Surdus in conſ. 126. nu. 12.

5 Quinto, & ultimo probatur, quia periti in arte ſuper ex hoc examinati atteſtantur ſecundum eorum peritiam, & experientiam totum illum parietem eſſe communem, & ſigna in eo exiſtentia inferre, & ſignificare communionem, quibus peritis credendum eſt, cum de artis ſuæ ſcientia deponant. §. quod autem, in authent. de non alienand. Aret. in §. præterea alluuionem, Inſtit. de rer. diuiſ. & ad cognoſcendum an murus ſit communis adhibendi ſunt periti, atque eis credendum eſt, prout in terminis tenent Bald. in conſilio 233. uolumine primo, Berous in conſilio centeſimotrigeſimoſecundo, numero ſecundo, uolumine tertio, Boerius in conſilio quinto, numero ſeptimo, Grammat. in conſilio centeſimoſexageſimoquarto, numero quarto, in fine Burſatus in conſilio quinquageſimoſeptimo, numero uigeſimoſecundo, & Ioannes Petrus Surd. in d. conſ. 126. nu. 16. & 17.

His tamen in contrarium adductis non obſtan-

obstantibus concludendum est dictum murum tam infra quam supra tectum non esse communem, sed totum a terra usque ad cęlum, a parte inferiori usque ad partem superiorem esse proprium magnifici Decii turcanii artium, & medicinæ Doctoris, quod verum esse probatur ex infrascriptis.

Primo ex parte dicti magn. Decii in parte inferiori id est in retratis apparēt in ipso muro fenestre antiquissime, quæ excedunt dimidium muri, & protrahuntur usque ad ipdus muri corticem, trabes. & omnia ligna, quę substinent primum peso latum, immissa in ipso muro, excedunt medietatem ipsius muri, immo murum totum perforant, In secundo pesulato per totum parietis latitudinem sunt rabes, & ligna immissa in ipso muro, quæ excedunt medietatem muri, sūt similiter fenestræ, & tube caminorum, quæ usque ad corticem muris protrahuntur, vt probant testes, & ex facie loci cognitum fuit ex his cognoscitur murum proprium esse dicti magnifici Decij, & ratio est.

6 Quia quando ex latere vnius immissa sunt ligna, quæ sunt vltra dimidium parietis, paries præsumitur esse eius, cuius ligna sunt immissa, si vero non excedūt dimidium muri, murus præsumitur communis, ita in terminis concludunt Cæpolla in d. c. 40. nu. 14. Ruin. in cons. 55. nu. 6. vol. 4 Bar. in l. damni, §. cum parietem, ff. de dam. infec. Soc. sen. in cons. 44. col. 1. ver. ex qua doctrina, volum. 4. Cor. in cons. 184 col. 2. ver. & sic quilibet, volu. 1. Crotus in cons. 153. nu. 1. & 4 lib. 1. & Iacob. Men. in 2. vol. tract. de præsu. lib. 6. præsu. 73. nu. 10. & 13.

Secūdo ex parte dicti magnifici Decij extant per totum murum fenestrellæ a cemētarijs in pariete extructæ, ex parte vero mag. Antonij nō adsunt, igitur paries proprius est Doctoris Decij, consequentia probatur.

7 Quia quando in pariete in parte vnius tātum extant dictæ fenestrellæ, significant parietem esse eius solummodo, ex cuius parte fenestrellæ sunt, ita Cepolla in d. cap. 40. nume. 14. vers. item cognoscitur etiam, qui testatur sic Veronæ seruari, idem Cæpolla in consil. 35. num. 6. in ciuilibus, & Iacobus Menochius in d. præsumptio. 73. nume. 12. vbi dicit vidisse passim in aliis locis seruari.

Tertio ex parte dicti Doctoris Decii in parte superiori adsunt fenestræ magnæ perforantes totum murum, ex quibus ea pars domus lumen recipit, nec non adest magna fenestra ex altitudine, & latitudine, q̄ vt vulgo dicitur, loggia appellatur, ergo paries, & proprius mag. Decii, & Ratio est.

8 Quia quando extant speculæ, (fenestras vulgus appellat) perforantes totum murum ex parte vnius tantum, tunc paries præsumitur illius tantum, Cæpolla in d. cap. 40. num. 13. vers. item per fenestras, & in cons. 35. nume. 6. in ciuilibus, post glossam in l. si ædes, ff. commun. diuid. Paul. de Castro in consil. 334. numer. 1. & 2. lib. 1. & Iacobus Menochius, qui alios allegat in d. præsu. 73. nu. 11

Confirmatur hoc fundamentum, quia ex utraque parte illius magnæ fenestræ, seu loggie, vulgariter loquēdo, sunt lapides marmorei qui columne appellantur, ex quibus dignoscitur parietem esse ipsius magnifici Decij proprium, ut concludit Grammat. in cons. 164. num. 8.

9 Quarto nam ipse magnificus Decius ipso pariete supra tectum utitur solus insolidū, tum in onetibus ferendis, vsu enim, modo, & qualitate utendi depræhenditur, an sit iudicandus communis pro diuiso, uel pro indiuiso, quando ambo utuntur ut notat Bar. in d. l. inter quos, ergo quando unus tātum, debet illius solius censeri, quia usus in talibus per traditionem debet haberi. l. penult. ff. de seruitut. ex qua traditione quæritur Dominium. l. traditionibus. C. de pact. tum ex ratione dictæ magnæ fenestræ per forantis totum parietem, & sic ipse Doctor Decius solus consequitur utilitatem dicti muri, nam si esset communis cum dicto Antonio non licuisset alteri parti talem fenestrā facere. l. pen. ff. de seruitut. nam si in ipso pariete magnificus Antonius communionē habuisset, utique non licuisset antecessoribus magnifici Decii similem facere fenestram, ut notatur in l. quidam Hiberus. ff. de seruitut. urban. præd. cum ergo facta reperiatur, dicendum est parietem proprium esse dicti magnifici Decii, vt in simili concludit Paulus de Castro in cons. 334. nu. 1. uol. 2. Cepoll. in d. c. 40. col. 3. uers. secundo principaliter est uidendum, & Ruin in d. consil. 55. nu. 6. uolum. 4.

10 Quinto, & ultimo, ex possessione præsumitur Dominium, quando possessio est de præsenti. l. fin. C. de rei uendic. & deducitur in iudicium per modum excipiendi, uel etiam per modum agendi, non principaliter propter se, sed propter aliud in consequētiā. l. sicuti. §. si quæratur, & ibi notatur. ff. si seruit. vendic. l. vti frui. §. 1. ff. si vsusfruct. pet. & notat Bar. in l. 1. ff. de cond. instit. sed in casu nostro auctores seu prædecessores magnifici Decii semper fuerūt in possessione ipsius muri, quia ipsæ solus supra tectum magn. Antonii atitur retinendo in eo trabes, ligna tectum magnam fenestrā cum Columnis marmoreis ex utraq; parte tanquam Domini ipsius parietis, cum altera cōmoditas ex eo non percipiatur. l. Titia. ff. de solut. & dominium producitur excipiendo, & nō principaliter propter se, sed propter aliud, ut defendat lumen, quod percipit ex dicta fenestra, igitur etiam supra tectum præsumitur dominus ipsius parietis.

His sic stantibus, non obstant in contrarium adducta.

11 Primo non obstat immisso lignorum ex parte

parte magnifici Antonii, quę sustinent tectum, quia non probatur aliquem habere partem, & communionem in muro ex hoc solum, quod immiserit ligna, & immissa retinuerit in muro [illegible] quia iste non est modus concludens probandi dominium, ut tradit Ruin. in d. cons. 55. num. 5. & 6. praeterea in casu nostro ex immissione tignorum, nō potest argui, seu praesumi communio, quia ex adverso sunt signa, quae arguunt contrarium, & indicant, quod murus ille non sit communis, nam dictus magnificus Decius ex parte eius habet fenestras vltra dimidiū muri, & usque ad muri cortices, habet etiam tubas caminorum excedentes parietis medietatem, similiter trabes, & ligna, ac etiam fenestras perforātes totum murum, quae signa sunt, & inditia, quod murus sit in totum ipsius magnifici Decii, vt supra dictum fuit, & ista praesumptio, quae est fortior confundit illā, vt notatur in l. Diuus, de in integrum restitut. & l. cum de indebito, & ibi per Bart ff. de probat. vt haec considerans concludit Ruin. in d. cons. 55.

12 Non obstat secundum fundamentum, quia illud procedit in dubio, sed non procedit existentibus aliis in contrarium fortioribus signis, quia tunc appodiatio non praesumitur facta iure communionis, sed seruitutis, arg. l. quoties la 1 §. r. ff. de seruitut. sic tradit notabiliter Grammat. in d. cons. 164. num. 8. Sed in casu nostro adsunt fortiores praesumptiones, nam adsunt fenestrellę excedentes dimidium muri, trabes perforantes totum murum, ligna, & tigna quae immissa sunt vsque ad parietis corticem, tubae Caminorum, quae se usque ad finem muri extendunt, fenestrae totum murum perforantes, maxima fenestra, quae vulgo nuncupatur loggia, & latinę Basilica, & ab vtraque parte sunt lapides marmorei, quae columnas constituunt, & sustinent ligna, tigna, trabes, & tectum ipsius Decii in ultima parte muri, igitur hae praesumptiones verę, liquidę, clarę, & fortiores excludūt pręsumptionem appodiationis, vt in terminis concludit Grammat. in d. cons. 164. nu. 8.

13 Nam quando duae vel plures praesumptiones simul vni aduersantur tūc illae fortiores dicuntur, & diluūt vnam pręsumptionem, Dec. in cons. 470 nu. 10. & in consil. 619. col. vlt. Soc. iun. in cons. 36. nu. 7. lib. 2. Zuccardus in rubr. nu. 51. ff. si cert. pet. Alex in cons. 30. nu. 12. vol. 7. Soc. iun. in cons. 26. nu. 13. vol. 4. & Natta in cons. 29. nu. 14. vol. 1.

14 In causa enim ciuili non ardua, vt in casu nostro plures praesumptiones simul iunguntur ad constituendam plenam probationē, glos. in l. 2. in princ. in verbo, legitimis. ff. de excusat. tutor. in l. instrumenta. C. de probat. in c. cum causam, in glossa vltima de probat. c accedens, el. 2. in verbo, oriundis, vt lite nō contestata, & late Iacobus Menochius in tract. de praesumpt. lib. 1. quaest. 40. nu. 1.

Vnde cum in casu nostro adsint plures, & fortiores praesumptiones non solum diluūt vnam appodiationis, sed cōstituunt plenam probationem, id est, quod totus paries sit ipsius magnifici Decii.

Non obstat tertium fundamentum, quia caminus cum cappa fuit inscio ipso Decio de recenti factus, & sic ex eo non potest argui communio, imò ipse magn. Antonius volebat facere supra tectum tubam unde exiret fumus, & prohibitus fuit ab ipso Decio, & propterea se abstinuit, & ideo in casu nostro ex Camino non licet arguere.

15 Non obstat quartum fundamentum, quia tam infra, quam supra tectum apparet totū parietem esse ipsius magn. Decii artium, & medicinae Doctoris ut supra clarissime extitit probatum, praeterea non est inconueniēs a parte inferiori parietem esse communem & a parte superiori esse illius tantum, qui illum possidet, ut concludit Grammat. in d. cons 164. & licet Io. furdus in cōs. 126. nu. 12. dicat hanc esse solitariam Grammatici opinionem, tamen ego puto uerissimam, nam res diuerso iure censeri potest, qn̄ diuersitatis ratio adest, item corporali cōsideratione una res non censetur diuersimode, sed intellectuali consideratione intellectus diuidēti, vbi concurrunt plures intelligēdi formę, tūc unum, & idē aequipollet pluribus. l. si consul. ff. de adopt. tradit Bald. in l. r. in 3. opposit. C. de seruis fugitiu. Item non procedit quādo adsunt contrariae coniecturae, quia una aliā tollit. l. Diuus. ff. de in integr. restit. sed in casu nostro adest diuersa rō, adsunt contrariae coniecturae, & adest intellectualis cōsideratio, nā quod adsit diuersa ratio patet, quia solus Decius supra tectū utitur pariete, & in ipso pro parte ipsius Doctoris sustinentur tigna, ligna, & tectū, & sunt fenestrę totū murum perforantes, & unde lumē recipit, quae signa arguunt dominium esse ipsius solū, & maxime stantibus tot tantis, solidisq; coniecturis, quae diluunt aliqua signa debilissima existentia in parte inferiori infra tectum pro parte ipsius Antonii, & licet corporali consideratione videatur vnus murus, tamē intellectuali cōsideratione idē murus a parte inferiori potest esse cōis. & a parte superiori supra tectū potest esse vnius tantum ex cōside ratione iuris, quod ius praesumitur ex coniecturis, & praesumptionib. quae militāt in casu nostro, vt supra dictum fuit, nā cum adsint in parte superiori fenestrae, si supra tectū murus fuisset cōis, nō licuisset eas facere, vt notatur in l. quidā Hiberus. ff. de seru. vrban. pręd. cū ergo factae reperiantur, dicēdum est parietem esse proprium ipsius magn. Decii, & maxime cum sit in possessione, ex qua probatur dominium, quando deducitur incidenter, & excipiendo, praecipue si aduersarius non hēt intentionem fundatam, gl. in l.

ob maritorum. C. ne vxor pro marito, Bart. in l. quidam in suo. ff. de condit. institut. & Ruin. in d. cons. 55. num. 7.

Nec dicatur secundum Ioannem Petrum Surdum in cons. 126. nu. 24. dum dicit, quod fenestra, quæ totum parietem perforat, arguit proprium eius esse, qui habet fenestram, quando in nulla parte apparet esse communem, allegat Parisium in cons. 116. num. 10. uolum. 4. sed in casu nostro ex aliqua parte apparet esse communem igitur ex dicta fenestra respectu Dominii non potest argui, quia respondetur primo, quod Parisius non dicit illud, ad quod allegat, Parisius enim asserit murum esse proprium ex quo ibi habet fenestram respicientem in dictum uacuum, & in totum perforantem dictum murum, per quod denotatur proprietas ipsius, & cum in nulla parte appareat communis consequenter reputatur proprius, & sic non dicit, quod necesse sit ad hoc ut murus ex fenestra reputetur proprius, quod in nulla parte appareat communis, sed illud dicit ad vberiorem cautelam, immo ex parte superiori supra tectum nulla signa ex parte Antonii apparent, quæ arguant communionem, & sic sumus in casu Parisii, immo dico quod infra tectum non apparent signa communionis ex parte Antonii, sed ex parte Decii plura signa apparent, quod paries est ipsius propriu, quæ cum sint ualidiora, fortiora, & plura remouent, & elidunt, si quæ forte pro parte Antonii signa exsistunt quæ communionem arguunt, ut supra late demonstratum fuit.

16 Non obstat quintum, & ultimum fundamentum, nam dicti testes primo non probant, quia dicunt eorum iudicio dictum murum esse communem, & ideo non probant, cum concludentem rationem non reddant. l. testium. C. de testib. c. tertio loco, de probat. & plene Doctores in l. prima. ff. si cert. petat.

Secundo non probant, quia murum esse ipsius Decii apparet ex testibus ad instantiam eius examinatis, qui sunt plures numero, & digniores, apparet etiam ex instrumento in actis præsentato.

Tertio non probant uti periti in arte quia ad hoc ut isti probent, hæc qualitas, quod sint periti in arte, & sic an murus sit proprius uel communis, expressim probanda est, cum a iure non præsumatur, Aret. in cons. 83. colum. pen. uers. ultimo uidendum, & Aymon Crauett. in tract. de antiquitat. tempor. in quinta particula primæ partis principalis nu. 39.

Quarto non probant, quia conclusio illa, credendum esse peritis in arte, procedit, quando rei ueritas percipi potest ex peritia artis, vt ex agrimensoribus, secus si ex eorum peritia percipi non potest, ut est in casu nostro, nam hoc an murus sit communis vel proprius consistit ex coniecturis, signis, & præsumptionibus a Doctoribus consideratis secundum legis dispositionem, & sic hoc spectat ad Doctores, qui in hoc periti dicuntur, & non ad viles cæmentarios, qui uix murare seu ædificare sciunt, & ideo non sumus in dicta regula.

Quinto non probant uti periti, quia non fuerunt electi de consensu partium, sed fuerunt ad instantiam partis uti testes examinati, & ideo considerandi sunt uti testes, & non uti in arte periti, faciunt notata per Dec. in c. proposuisti, extr. de probat. & per Herculanum in l. 1. §. eadem. ff. de uerbor. obligation.

Ex prædictis apparet veriorem opinionem esse totum parietem esse magnifici Decii, & cum ultra signa aperte appareat ex facie loci, ac etiam ex instrumento in actis præsentato, ideo in iudicando ab hac opinione nullo pacto est recedendum.

17 In secundo dubio, id est dato, & non concesso quod sit communis, an pro diuiso uel pro indiuiso communis existat. Resolutio est, quod dicatur communis pro indiuiso, ex quo fenestrellę a parte magnifici Decii, trabes, & tigna perforant parietem ultra medietatem. l. arbori, in princ. ff. commun. diuid. l. binas ędes. ff. de seruitut. urban. pręd. ita tenet Bartol. in l. inter quos, numero primo, ff. de damno infecto, ubi declarat, quomodo cognoscatur paries communis esse pro diuiso, uel pro indiuiso, ubi dicit, quod paries communis pro diuiso dicitur, quando murus est inter te, & me, & nihil per te, & me immissum est, & si est immissum, missum non perforat parietem ultra dimidiam, quæ est pro parte tua, & quæ est pro parte mea, nam tunc ille paries est communis pro diuiso. Pro indiuiso est ex societate expressa uel tacita, quia libere ligna immittuntur usque ad dimidium, & ultra, & usque ad finem muri, & sic ex hac Doctrina Bartoli elicitur, quod murus iste est communis pro indiuiso, ex quo pro parte Decii sunt immissa ligna seu tigna ultra medietatem parietis, ac etiam sunt fenestrellę excedentes dimidium parietis, & etiam sunt fenestræ totum murum perforantes, & Bartoli doctrinam sequuntur Cepolla in dicto cap. quadragesimo, columna tertia, uersicu. & primo, & principaliter, Corn in consilio 148. columna secunda, uersicu. & sic quilibet uicinus, uolumine primo, Socin. in consilio quadragesimoquarto, numero secundo, uersicu. ex qua Doctrina infero, Boer. in cons. 5. num. 2. Hieron. Gabriel in consilio 149. per totum, & Ioannes Surdus in cons. 126. num. 18.

18 In tertio, & ultimo dubio uidetur prima facie dicendum magnifi. Antonium cõmunem eleuare posse usque ad sidera, ac super eo, & in eo ædificare etiam si magnifico Decio

Decio vicino noceat, cum animo, vt sibi prosit, tantum ædificet, non vt alius nocumentum præstet per regulam.l.altius, ubi Bald. & Salycet. & l. si ædibus.C. de seruitut.& aqua.

In re enim communi ædificando socius ab alio non prohibetur.l.sabinus.ff. cõmun. diuid.l.in communis parietis, & in l. damni. §.cum parietem,& l.quod conclaue,vbi Doctores.ff.de damno infecto, sic dicunt Marsil.sing.154.Corn.in cons.90.& in cons.113. uolum.2. Aymon Crauett.in cons.94. Cepoll.in cons.35.nu. 10.in ciuilibus,& Franc. Marc.decis.Delphin.498.

His tamen in contrarium adductis non obstantibus, concludendum est magnificum Antonium non posse super illo muro ędificare, obscurare, & obturare fenestram magnam ipsius magnifici Decij, quam vulgariter loggiam appellamus, inuito ipso magnifico Decio, & hoc ex duobus principaliter.

Primo ex vulgata conclusione, quæ est, quod in re communi melior est conditio socii prohibentis.c. in re communi, vbi Doctores,de reg.iu.lib.6.l.sabinus.ff. commun. diuid.l.parietem,& l.quidam Hiberus.ff. de seruitut. vrban.præd.

Hæc conclusio tanto magis procedit in muro communi pro indiuiso,ex quo socius inuito socio in muro communi pro indiuiso ędificare,non potest.l.sed si.ff.de seruitut. vrban.pręd.l.sabinus,vbi glossa ff.commun. diuid. & maxime in uicini damnum Ang. in dicta l.inter quos, in princ. in penult. col. ff. de damno infecto, Imola in l.damni. §. cum parietem, eod.titu. tradunt etiam late Berous in cons. 131.uolum.3.Riminald. in cons 397.num.13.volum. 2. Dec.in consilio 388.num. 4. Hieron. Gabriel in cons.150.& Franciscus Bursattus in cons. 57.nu. 4. cum seqq.sed in casu nostro nos loquimur in muro communi pro indiuiso,quatenus sit communis, (quod non fatemur) vt supra in secundo dubio conclusum fuit, & ædificare super dicto muro est in damnum dicti magnifici Decii,cum lumen auferatur in totũ & per totum igitur magnifico Antonio nõ licet super dicto muro ædificare, occęcando,& obturãdo magnifici Decii fenestram seu loggiam vulgariter loquendo.

19 Et si dicatur, quod licet super dicto muro communi ędificare, dummodo super ędificatum remaneat commune Bart.Ang. & Florian.in d.l. quidam Hiberus, etiam si lumini vicini officiatur vt tenet Cepolla in d.c.40.num.20.

20 Respondeo primo, quod dicta conclusio procedit dummodo primo ædificium, uel opus ipsum non noceat nec aptum sit socio nocere, vt notatur in d.l. quidam Hiberus. §.in pariete,& in l.fistulas,in princip. & in §. primo. 2. & fin. eod titu. Secundo procedit quando paries potest nouum opus sustinere,alias si esset debilis,& posset oneri succumbere, abstinendum est arg.l cuius ædificium.ff.de seruit. vrban.præd.Has declarationes facit Cepolla in d.c. 40. col.6. uers. 3. principaliter est videndum,ibi,aut quis vult altius tollere murum communem,vbi subdit hanc esse veritatem, & ita seruari in practica, eandem declarationem sequuntur Boer.in d.cons.5.num.24.& Ioannes Petrus surdus in cons 126 nu. 20.sed in casu nostro si magnificus Antonius posset in dicto muro super ædificare, prout ipse prætendit clauderet magnam fenestram magnifici Decii, & sic in totum, & per totum auferret lumen, & illã Cameram obscurissimam redderet,adeo vt ex ipso ædificio maximum nocumentum afferret magnifico Decio, igitur sibi non licet super ædificare in ipsius uicini damnum, prout in terminis tradit Riminaldus in cons. 7.nu. 11. 14. & 21.ac per totum vol. 1. vbi concludit non posse uicinum in muro communi, vbi aderant fenestre, ædificare in præiudicium luminum vicini, quem refert, & sequitur Franciscus Bursattus in cons.58.nu.18.

21 Respondetur secundo non procedere in re communi pro indiuiso, nam tunc quis super muro communi non potest ædificare vel altiare,& maxime in vicini præiudicium Angel.in l.inter quos.ff de damno infecto, Imola, Berous, Riminaldus, Decius, Hieronymus Gabriel,& Bursattus, quos supra allegaui,ac etiam Corn.in cons. 78 volum.4. qui loquuntur proprie in terminis casus nostri licet in diuersis personis.

Et si forte dicatur, quod he responsiones procedunt quando non nocet vicino, & non interest ædificantis ut in dicto capit. quadragesimo, tradit Cepolla, qui allegat. dicta l. quidam Hiberus. §. pariete, & l fistulas, in princ. & § 1. 2. & fin. eod. titu & sic tradit glos.2.in princ.in l. sabinus, ff.commun.diuid.

Sed in casu nostro licet noceat magnifico Decio, tamen interest magnifici Antonii, ex quo super ædificando in muro potest facere Cameram pro eius maiori commoditate, igitur ei licet super ædificare in muro communi etiam si magnifico Decio noceat.

Respondeo dupliciter.

Primo, quod dictus magnificus Antonius facere uidetur ad æmulationem, ex quo illud ædificium non est necessarium domui ipsius, ex quo nunquam tentauit, nisi nunc ad impediendam fabricam ipsius magnifici Decii, ex quo nullam vtilitatem sentit,& ex quo rixę, contentiones, & multa verba orte, & orta fuerunt inter dictas partes, ut late considerat Bursattus in consilio quinquagesimoseptimo, numer. 15. 16.& 17.

22 Secundo respondeo, & hæc est notabilis consideratio.

Quæritur per Doctores. Si socio nocet, & sic prohiberi, sed facientis interest, an socius volens ædificare eo pacto, ut murus sit communis possit ædificare.

Resolutio est, quod non, sic tradit Antonius Thesaurus in decis. 41. numero decimooctauo, vbi dicit super illum Senatum fuisse decisum, & propterea dicta conclusio procedit etiam si sua interesit, dummodo non ceat vicino, quia tunc non est licitum murũ extollere, vt in terminis ultra Angelum, Imolam, Beroum, Riminaldum, Hieronymum Gabrielem, & Bursattum tradunt Corn. in d. cons. 78. & Port. Imol. in cons. 17. numero decimoquinto, cum seqq. ubi ait sic per Collegium Patauinum fuisse decisum.

23 Et si forte vltimo loco dicatur, quod omnia supradicta in fauorem Magnifici Decij procedunt, quando quis vellet vti muro communi ad vsum non destinatum, secus si vellet vti pariete communi ad vsum destinatum, nam tunc licitum est murum altius extollere etiam si vicino noceat, & sic etiam si paries communis esset pro indiuiso, Cepolla in tract. de seruitut. Vrban. præd. in cap. 62. num. 5. & Antonius Thesaurus in decis. 41. num. 21. vbi dicit ita censuisse illum Senatum.

Respondeo pluribus modis.

Primo negando murum ex parte Antonij esse destinatum, vt altius extollatur, ex quo super eo positum est tectum, & sic erat ex parte ipsius iam deductus ad terminum deputatum, vt concludit Corn. in cons. 78. volum. 4.

Secundo respondeo. Dictus murus diuidit vnam domum ab altera, & sic est diuisorius, & ideo non dicitur destinatus ex parte Antonij ad altius extollendum, in dubio enim non dicitur destinatus ad id, vt altius extollatur, sed seruanda est facies, & consistentia antiqua l. cum in totum. C. de ædific. priuat. tradit Ias. in consilio 98. uolumine primo.

24 Tertio respondeo, & notandum est, quod murus sit destinatus ad altius extollendum est quid facti, & ideo non præsumitur, cum ea, quæ sint facti, non præsumantur l. in bello §. facta. ff. de captiu. & postlhim. reuers. & ideo, qui in eo se fundat probare debet l. 2. ff. de probat. quando igitur non probatur, sed sumus in dubio, tunc non est mutanda formam antiqua parietis, & præsertim si multo tempore murus stetisset in ea forma, nec aliquis eo vsus esset altiando Paulus de Castro in cons. 334. uolum. 2. Bursattus in cons. 57. nu. 6. Riminaldus in cons. 71. uol. 1. Bald. in cons. 233. volumine primo, & Ias. in cons. 98 uolumine 1.

Hinc est, quod si quis uellet mutare formam antiquam, & essemus in dubio, deberet probare, sibi licere, alias non posset, & si quid fecisset teneretur opus demoliri Bald. in d. cons. 334. & Thesaurus in decis. 41. in fine, ubi ait sic per illum Senatum fuisse decisum.

Hinc est, quod ex fenestris, & aliquibus tignis in muro diuisorio existentibus non infertur, vt vicinus alio inuito alias fenestras, seu eas obturare, etiam alia tigna immittere, vel ædificare valeat, Berous in consil. 132. nu. 8. cum seqq. volum. 3. Riminald. in cons. 71. numer. 11. volumine primo, & Francisc. Marc. decis. Delphinal. 484. numero quarto, parte 2.

Sed sic est, quod ex parte Magnifici Antonij adest tectus, & ideo murus ex eius parte erat, & est ad terminum deputatum deductus, est murus diuisorius, cum vnam domum ab alia diuidat, & si liceret Magnifico Antonio super ædificare, mutaretur forma antiqua, & fenestra Magnifici Decij obturaretur, & paries in ea forma stetit per tantum tempus, quod non adest hominum memoria in contrarium, igitur non licet dicto Magnifico Antonio in dicto muro ædificare, & obturare fenestram magnam seu loggiam ipsius Magnifici Decij.

Secundo principaliter, & vltimo, quod non possit Magnificus Antonius obturare dictam fenestram probatur hac alia consideratione. Aut extat seruitus expressa seu tacita, vel præsumpta ex parte Magnifici Decij, id est, quod lumini eius non officiatur. Aut non extat.

Si primo casu loquimur, & tunc ex dicta seruitute non potest ædificium altius tolli l. binas. ff. de seruitut. Vrban. præd. & cum non constet de seruitute expressa, quæritur, an tacita præsumatur, & in casu nostro dicendum est affirmatiue, quod sic.

Et ratio est, quia quando in parte superiori adest fenestra antiquissima, adest sola rei consistentia, & longa possessio suis finibus circumscripta, tunc forma ipsa antiquissima per inferiorem immutari non potest inuito socio, quia si erat communis murus, non potuisset fieri in parte superiori fenestra inuito socio l. pen. ff. de seruitut. Vrb. præd. qua de re dicendum est, hoc factum fuisse iure seruitutis ex concessione facta per auctores Domini inferioris, & ideo fenestra, eo inuito, alias concessa non potest claudi, & obturari, & tolli, quod antea fuit concessum arg. l. in diem. ff. de aqua pluu. arcend. ita notabiliter dicit, Paulus de Castro in cons. 334. libro 1. & Bald. in cons. 233. lib. 1. nam, quando quis extat in quasi possessione seruitutis, puta si in muro contiguo habeo fenestram seruitutem luminis mihi præstantem, tunc præsumitur seruitus.

Hæcque quasi possessio releuat me ab onere probandi, illudque transfert in ad-

netsarium, sicut operantur aliæ possessiones. l. vti frui, versic. quod si forte. ff. si usufruct. petat. & l. si enti. §. si quæratur. ff. si seruit. uendicet. ita concludit Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 2. præsumpt 1. quem sequitur Iacobus Menochius in tract. de præsumpt. li. 3. præsumpt. 89. num. 8.

Sed in casu nostro in dicto muro supra tectum ab antiquissimo tempore, & a tanto tẽpore, cuius in contrarium non extat memoria semper fuit illa magna fenestra seruiens, & lumen præstans, & semper Decius & sui antecessores fuerunt in quieta possessione, igitur præsumitur, quod iure seruitutis ex cõcessione antiquitus facta ipsa fenestra fuerit, igitur non potest occecari, vt probatur in l. qui luminibus, & ibi gloss. ff. de seruitu. vrban. præd.

Si, secundo casu loquimur, quando non adest seruitus, & tunc melior est conditio prohibentis, quando rei status mutatur, l. penul. ff. de seruitut. urban. præd. tradunt in terminis Paulus de Castro in d. consi. 334. uers. & posito, uolum. 1 Imola in l. in reficiendo. ff. de damno infecto, Angel. in d. l. quidam Hiberus, Berous in consil. 131. nume. 10. & in consil. 132. num. 9. in fine. & num. 12. uolum. 1. & magis expresse Bursattus in cons. 58. nu. 16. cum seqq.

His stantibus non obstat fundamentum in contrarium adductum, & primo d. l. altius, procedit in muro communi pro diuiso, & non in muro communi pro indiuiso, pro ut nos loquimur.

Secundo procedit in muro destinato ad vsum altius extollendi, & non in muro diuisorio, & non destinato ad altius extollendum, vt est ex parte Antonij, vt supra dictum fuit.

Tertio procedit dummodo status formæ antiquę non mutetur, & socio non inferatur damnum, nam tunc melior est conditio prohibentis etiam si non adsit seruitus Angel. per illum tex. in d. l. quidam hiberus, in prin. & nume. 7. vbi socium iure communionis, (citra ius seruitutis) posse ædificare in muro cõmuni, & signa in eo immittere, dummodo vicino non noceat.

Quarto non procedit quando quis habet seruitutem acquisitam ex longissimo tempore, ne paries altius extollatur, & ne luminibus officiatur, vt est in casu nostro ex parte magn. Decij, vt supra dictum fuit, nam tunc d. l. altius, locum non habet, Bursattus in d. consi. 58. nu. 25. cum seqq.

Ex his apparet primo loco parietem esse proprium ipsius M. Decij, Secundo, dato, & nõ concesso, esse cõem, esse pro indiuiso, & nõ pro diuiso cõem. Tertio non licere magnifico Antonio in ipso muro superædificare, occecare, & officere luminibus magn. Decij, neque posse fenestram obturare in præiudicium, & damnum ipsius mag. Decij, & ita iuris esse censeo & consulo.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Excommunicatio quando dicatur comminatoria, & quando latæ sententiæ, & nu. 2.*

3 *Declaratio requiritur, quando pœna per legem ipso iure imponitur. Nisi lex imponens ipso iure pęnam trahat secum executionem, nu. 4. vel constat de contumacia saltem præsumptiuè per lapsum termini, num. 5. præsertim si fuit certus terminus præfixus, nu. 7. secus si incertus, nu. 6.*

Consilium L.

DOnno Ioanni Dominico in uisitatione mediante decreto per Reuerendissimũ episcopum Aquilanum fuit iniunctum, ut infra mensem quosdam fuctus male perceptos sub pæna excommunicationis latæ sententię restitueret, non restituit fructus, Ideo dubitatur an dicatur excommunicatus.

Pro huius dubij resolutione de duobus est quærendum.

Primo, an illa uerba sub pęna excommunicationis latę sententię sint comminatoria.

Secundo, dato, quod sit excommunicatus, an sit necesse sententiam declaratoriam proferri.

Pro resolutione Primi dubij duæ sunt faciendę conclusiones.

1 Prima est, quando a iudice dicitur sub pęna excommunicationis, & tunc contrafaciendo non dicitur excommunicatus, sed est excommunicandus, quasi sit quædam superioris comminatio inferendi excommunicationem contrafacienti, sicut in simili dicitur, quando Iudex pręcipit sub pęna mille librarum, nam est comminatio, & non sententia. c. Comminat. uel epistola, per totum, Hanc opinionem tenent glosa, & Abbas in c. unico. extr. de sagittar. in c. 2. extr. de matrimonio contracto contra interdictum ecclesię, ubi Abbas dicit hanc esse communem sententiam, glos. in can. salonitane; 63. distinct. & Marcus Antonius in sua corona confessorum in cap. 10. de censuris folio mihi. 372. uers. est denique obseruandum ubi ait communiter Doctores sic tenere nisi ex coniectura aliud appareat, aut iudex manifestet, & declaret suam intentionem, se ferre sententiam, ubi autem de intentione non constat, semper intelligitur esse comminatoriam.

2 Secunda conclusio est, quando iudex dicit, sub pęna excommunicationis latæ sententiæ, & tunc contrafaciens dicitur excommu-

mu-

municatus, & statim incidit in excommunicationem, quia est sententia lata, glossa, & Abbas in c. 1. ex tta de locato & conducto, & Corona confessorum in d. ca. 10. de censuris, in d. uers. est denique.

Stantibus his conclusionibus sequitur resolutio præsentis difficultatis, quod cum iniunctum fuerit dicto Ioanni Dominico, vt fructus malè ablatos infra mensem restitueret sub pęna excõmunicationis latæ sententiæ, quod cum infra mensem non restituerit, quod statim incidit in excommunicationem, & excommunicatus euasit, adeo quò non fuit in casu nostro comminatio, sed sententia, quæ ita præferri potuit ut habetur per Decium, & Doctores in c. præterea, el 2. extr. de Appellat. & in cons. 145. nume. 2. ubi asserit hanc esse communem opinionem.

In secundo dubio concludendum est sententiam declaratoriam non requiri ex infrascriptis.

3 Primo, quando pœna ipso iure per legem imponitur, requiritur sententia declaratoria, textus est, quia ita declarat omnes leges ciuiles, & canonicas, in c. cum secundum. § fin. de heret. lib. 6.

4 Hæc conclusio non procedit, quando lex imponit ipso iure pœnam, & trahit secum executionem, ita quod in tali executione nõ requiritur actio facti mediante ministerio iudicis, nam tunc non requiritur aliqua sententia declaratoria, Bald. in l. quæ sub conditione. §. fin. per illum textum. ff. de condit. instit. Geminian. in c. Felicis. in princ. in 3. col. de pen. in 6. vbi post Innocentium ibi dicit, quod non est necessaria aliqua sententia etiã declaratoria super pœna ipso iure imposita, quoad effectus qui immediate trahunt executionem, nec expectant aliam extrinsecam executionem facti, vt est irrogatio infamiæ a iure impositæ, quæ statim reddit [illegible] intestabilem, secus vbi expectatur factum iudicis, vt in auferendis bonis confiscatis, tunc ibi bene requiritur, quod præcedat sententia declaratoria, ita proprie loquitur tex. in d. c. cum secundum. §. fin. quos refert, & sequitur Ias. in l. si quis iniquum. §. quod autem ait, num. 7. ff. quod quisque iur. sed excommunicatio trahit secum executionem etiã ante denunciationem, vel declarationem, vt est tex. in c. pastoralis, de appellat. facit tex. in c. cum non ab homine, in princ. de sentent. excommunicat. & ideo excommunicatus statim repellitur a communione a celebratione, & ab aliis, quæ excommunicatis prohibita sunt, igitur dictus Donnus Ioannes Dominicus elapso mense ipso facto ligatus fuit excommunicatione absq; alia sententia declaratoria.

5 Secundo, quando constat de contumacia saltim præsumptiue per lapsum termini, tunc non requiritur alia sententia declaratoria, vt notanter tradit Abbas, in clem. præsenti, de censibus.

Sed in casu nostro eum per mensem fructus non restituerit, per lapsum termini fuit in contumacia, igitur non requiritur alia sententia declaratoria, confirmatur hæc ratio, considerando duos casus.

6 Primus est, quando non fuit certus terminus præfixus, infra quem deberet parere, tunc enim monitio requiritur c. ad nostram de iureiur. & cap. ad reprimendam, de offic. ordin.

7 Secundus casus est, quando fuit certus terminus præfixus, infra quem soluere quis deberet, & tunc elapso termino statim intelligitur excommunicatus cap. præterea, el 2. de appellat. nam in hoc casu dies interpellat pro homine cap. potuit. de locat. & l. optimam. C. de contrahend. & committend. stipulat. cum enim, quod quis incurrat in excommunicationem factum sit cum tempore præcise determinato, elapso termino, nulla relinquitur dubitatio, vt Innoc. & Doctores dicunt in cap cum bonę extr. de ætate, & qualitate, igitur alia declaratoria non requiritur per ea, quæ notat Dom. in dict. cap. cum sin. §. 1. in 2. notab. de hæret. in 6. Facit pro hac conclusione, quia pœna committitur ante declarationem, quando non fuit adimpletum promissum, & dies statutus, quo debebat adimpleri, fuit decursus, Ias. citans ad id Decium in l. ita stipulatus in 2. not. numero 7. ff. de verbor obligat. & Paris in consil. 34 nu. 30. vol. 1.

Hæc conclusio est vera, quando iudex elapso termino imponit excommunicationem latæ sententiæ, nam tunc statim elapso termino, & contrafaciendo incidit, quia est sententia lata, vt habetur in corona confessorum in dicto capitulo decimo, de censuris, in dicto versiculo est, denique obseruandum.

Sed in casu nostro fuit præfixus terminus vnius mensis, & non restituendo intra illum mensem fructus, fuit innodatus excommunicatione latæ sententiæ, igitur non requirebatur alia monitio, nec sententia declaratoria, quia fuit sententia lata.

Et hanc conclusionem vltra alios tenent Felin. in capitulo Rodulphus numero septuagesimo primo, in versiculo videmus enim; extr. de rescript. & Dec. in consilio 145.

Et ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Declaratus excommunicatus intelligitur excommunicatus a die elapsi termini eidem antea assignati, non autem a die declarationis, quia sententia declaratoria nihil de nouo addit. & excommunicatus ante declarationem incurrit pœnam, nu. 2.*
3 *Excommunicatus celebrans ante declarationem efficitur irregularis.*
4 *Perseuerans per annum in excommunicatione habetur suspectus de hæresi.*
5 *Excommunicato fructus beneficij subtrahuntur, & durante excommunicatione in vtilitatem Ecclesiæ conuertuntur, & distributiones quotidianæ alijs accrescunt.*
6 *Per triennium perseuerans in censuris clericus censetur priuatus beneficiis ipso iure absque alia declaratione.*

Consilium LI.

Ex resolutione primorũ dubiorũ apparet Donnum Ioannem Dominicum, cui in uisitatione fuit iniunctum, ut fructus male perceptos infra mensem restitueret sub pœna excommunicationis latę sententię cum non restituerit, ipso iure euasisse excommunicatum absque alia declaratione, sed dato, & non concesso, quod requireretur declaratoria sententia, dubitatur, an si ad presens declaretur, dicatur excommunicatus nunc, an censeatur etiam retro fuisse excommunicatum a die elapsi mensis, ex quo infra illum mensem fructus non restituit.

1 In hoc dubio concludendum est, excommunicatum intelligi esse, & fuisse a tempore elapsi mensis, quo tempore dicitur excommunicationis prolata sententia, quia excommunicatio ipso iure affligit, & in habilitat quoad omnes suas potentias illum, qui in eam incidit absque alia declaratione, cum trahat secum executionem. c. pastoralis, in fine, extr. de appellat. & in hoc casu respectu ipsius excommunicati declaratio nihil noui tribuit. l. hæredes palam §. si quis post, ff. de restam. tradunt Roman. in consi. 45. & in cons. 65. & Dec. in l. edita, num. 45. C. de edend. & in c. pastoralis. §. uerum, nu. 3. extr. de appellat. Hęc igitur sententia declaratoria declarat tantum ipsum fuisse, & esse excommunicatum, & non de nouo excommunicat, & ideo nouam sententiam non constituit, Roman. in d. consi. 45. & in cons. 65. Felin. in c. sicut, ante num. 9. de re iudic. Alber. Brun. de augu. concl. 3. post num. 3. Alciat. in l. 1. §. si quis simpliciter, num. 27. ff. de uerb. obligat. Andr. Tiraquell. de utroque retract. tit. 1. §. 1. gloss. 18. num. 55. & Ludou. Gom. in c. 2. §. statuto, num. 26. de costitut. & declaratio illa una cum declarata sententia eodem tempore fingitur emanasse Io. Andr. in addit. ad Specula. in tit. de testam. §. nunc uiden dum, uers. hæc not. in addit. quæ incipit, plus dico, Roman. in cons. 45. in cons. 65. & in cons. 482. & Petr. Rebuff. super reg. de non tollendo iure quęsito, gloss. 5. uersic. limitatur quando Papa, & propterea trahitur ad tempus sententiæ declaratę, Romanus in dictis consilijs 45. & 65. & Nauarra in 2. parte consiliorum, in libr. 5. de clerico excommunicato ministrante, in cons. 3.

2 Hinc est, quod respectu fructuum, ad hoc vt debeantur fisco, non requiritur declaratoria super priuatione a iure imposita, sed statim a die incursę pęnæ, debentur fisco, ita est tex. in auth. de incest. nupt in princ. & ibi glossa, & Angelus, sic etiam firmant Dom. & Io. Andr. in c. Felicis, in princ. in ii. colum. de pen. in 6. Marian. in cap. Iudæi, lo 1. de Iudæis, dicens, quod in hoc est utile, quod constitutio puniat ipso iure, quia interim delinquens, & nondum declaratus non faciet fructus suos, & Felin. in c. Rodulphus, num. 70. extr. de rescript. & vltra alios, dummodo declaratio fiat ante mortem delinquentis tenet Iulius Clarus in libro 5. sententiarum. §. fin. quæst. 1. in uers. scias etiam.

3 Ex hac resolutione dicitur. Primo, quod hic cum sit excommunicatus, cum celebrauerit, effectus fuit irregularis c. 1. de sentent. excommunicat. lib. 6. can. si quis episcopus 11. q. 3. & c. 1. de sentent. & re iud. lib. 6. & ibi Geminian. in qua irregularitate incurritur ipso facto citra aliam sententiam Abb. in c. clerici, num. 4. extr. de cleric. excommunicat. ministr.

4 Secundo dicitur, quod cum in excommunicatione perseuerauerit per vnius anni circulum, de hæresi suspectus habetur secundum Ioannem Andream, & Abbatem post alios communiter in c. fin. de pœnis, & licet suspitio hæc ad condemnationem non sufficiat, ut sentiunt Innoc. & Abb. in loco præcitato, Henri. post alios in c. excommunicatus, extr. de hæret. & Io. Lupi in cap. per vestras. §. 18. num. 24. tamen sufficeret ad inquisitionem formandam contra ipsum excommunicatum de hæresi, & ad inducendã sibi purgationẽ, in qua si forte deficeret, haberetur pro conuicto c. inter, de purgat. canon. in fine.

5 Tertio dicitur, quod huic excommunicato redditus beneficij subtrahuntur, & sic durante excommunicatione fructus in vtilitatem ecclesiæ conuertuntur, & distributiones quotidianæ alijs accrescunt glos. in clem. 2. in verbo, suspensus, de vita, & honestat. cleric. & in clem. hi, qui, in verbo, dimidia, de ætate, & qualitate, notat Abb. in c. pen de clericis non resident. idem tenent Dec. in cap. Pastoralis. §. verum, numero decimo, extr. de appellat. & Innocent.

cent. in capitulo cum nobis, de concess. præbendæ.

6 Quarto, & vltimo dicitur, quod cum per triennium perseuerauerit in censuris, quod priuatus dicitur beneficiis, nam conclusio est, quod clericus per perseuerantiam triennalem in censuris, censetur priuatus ipso iure, & absque alia sententia declaratoria suis beneficiis, ita gloss. in c. contingit, de dolo, & contumac. in cap. 1. de iudic. vbi omnes concorditer, & præcise Dec. in 2. lectura, Bertous sub num. 86. Mantua num. 29. Ripa sub num. 78. & Felinus, columna quinta, num. 8. vbi ait hanc esse communem opinionem, & Ioannes Baptista Ferrettus in consil. 342. nu. 1. & seq. uol. 2.

Ex his omnibus apparet, quod hic Donnus Ioannes Dominicus fuit a tempore latæ sententiæ excommunicatus, & si feratur sententia declaratoria, nihil noui tribuit, sed declarat illum esse, & fuisse a die latæ sententię excommunicatum, & sic declaratio retrotrahitur ad latæ sententiæ tempus, & eo tempore fingitur emanasse, & propterea cum post excommunicationem, immo post plures excommunicationes celebrauerit, effectus fuit irregularis, & cum per annum perseuerauerit, suspectus est de hæresi, & eget purgatione canonica, & non potest, nec debet consequi fructus beneficii, nec habere debet distributiones quotidianas, immo cum in censuris per triennium perseuerauerit, dicitur ipso iure priuatus beneficiis, & ita consulo, & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Tertius an admitti possit ad opponendam sententiam excommunicationis.*

2 *Tertius admittitur ad opponendam exceptionem excommunicationis.*

3 *Tertius potest comparere in iuditio per alios moto pro suo interesse, & opponere exceptionem, per quam repellatur actor.*

Consilium LII.

1 DVbitatur, an contra Donnum Ioannem Dominicum excommunicationis sententia opponi possit per tertios, id est per Archipresbyterum, & clericos sanctę Mariæ de Rodio.

In hoc dubio resolutio est affirmatiua ex duobus.

2 Primo, quia tertius cuius non interest, admittitur ad opponendum exceptionem excommunicationis, tex. est in c. cum parati, extr. de appell. & ibi Imol. & Dec. Idem Dec. in c. intelleximus, nume. 19. extr. de iudic. & est ad hoc Decisio Cardinalis in terminis in cap. exceptionem, in secunda quæst. extr. de except.

3 Secundo, tertius potest comparere in iudició moto per alios pro suo interesse, & opponere exceptionē, per quam repellatur actor, Alex in l. titia, num. 2. ff. solut. matrimon. vnde isti pro interesse sanctæ Mariæ de Rodio, ac etiam pro eorum interesse, idest tam ratione fructuum, quam ratione quotidianæ distributionis possunt comparere, & opponere exceptionem excommunicationis latæ in fauorem ecclesiæ sancti Pauli; exceptio enim de iure tertij opponi potest, quando est exclusiua intentionis aduersarij, Socin. in l. 2. nume. 7. ff. de except. rei iudicat. Tiraquellus in l. si unquam, in uerbo, reuertatur, nume. 356. C. de reuocand. donat. Dec. in cons. 247. in fine, & Socin. iun. in consil. 101. nume. 29. uolum. 2. Item exceptio de iure tertij opponi potest, quando opponenti prodesse potest Abb. in cap. cum non liceat, num. 15. extr. de prescript. Anchar. in consil. 410. colum. 4. & Alba in cons. 64. nume. 2. & 3. sed in casu nostro hæc exceptio excommunicationis prodest Ecclesiæ sanctę Mariæ de Rodio ratione fructuum, ex quo uti excommunicatus hic Donnus Ioannes Dominicus perdidit fructus, & Ecclesiæ applicantur, prodest Archipresbytero & Clericis dictæ Ecclesiæ ratione quotidianæ distributionis, cum illis applicentur, vt in aliis dubijs fuit resolutum, & sic est exclusiua intentionis dicti Donni Ioannis Dominici, qui prætendit dictos fructus, & distributiones consequi a præfatis Archipresbytero & clericis sanctæ Mariæ de Rodio, & vti excommunicatus repellitur abagendo. c. intelleximus, de Iudic. & sic hęc exceptio excommunicationis, cum prosit Ecclesiæ & clericis Sanctæ Mariæ de Rodio, & sit exclusiua intentionis partis, non est dubium potuisse, & posse opponi, & ita consulo & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Plures substitutiones si fiant diuersis personis, deficiente prima omnes aliæ deficiunt. Fallit num. 2. 3. 4. 5.*

6 *Substitutio in vno casu facta ad alium extenditur, quando facta est in vnum casum sub conditione necessaria, non autem sub conditione voluntaria. Ex quo plures casus declarantur, numero 7. 8. 9. 10. 11. 12.*

Con-

Consilium LIII.

Dubitatur, an in casu nostro ultima substitutio de Cippo paterno facta habeat locum, stante quod tam prima institutio, quam prima substitutio effecta fuit caduca.

1 In hoc dubio dico ultimam substitutionem non habere locum, & Ratio est, quia quando sunt plures substitutiones diuersis personis factæ, tunc si prima deficiat, omnes aliæ substitutiones deficiunt, & maxime ubi omnes substitutiones per unam continuati sermonis ueniunt, ut in casu nostro, & ita tenent Socinus, Decius, Ruynus, Parisius, Bursatus, Menochius, Crauetta, Riminaldus iunior, Hieronymus Gabrielius, & Ancharan. quos in eorum locis refert, & sequitur Ioannes Cæphalus in cons. 482. num. 35. volum. 4 eandem opinionem sequuntur Alex. in consi. 1. vol. 1. in cons. 59. volum. 3. & in cons. 139. uolum. 6. Oldradus in cons. 177. Ias. in consil. 132. uolu. 1. in consil. 148. In consil. 204. & in consil. 220 uolum. 2. & in cons. 66. uolum. 3. Ioannes Cæphalus in consil. 394. num. 41. & in cons. 401. num. 22. volum. 3. Menochius in cons 99. nume. 204. ubi dicit hanc esse communem opinionem, & Socin. in l. col. 12. in versic. & per prædicta his diebus consului, ff. de uulg. & pupill. substitut.

Et si contra hanc conclusionem adducatur. Primo Vincentius de Franchis in decis. 299. secundo Antoninus Thesaurus in decis. 86. ubi dicit hanc opinionem contra Oldradum tenere Bartolum, Socinum iuniorem, Iasonem, Alciatum, Parisium, Marzarium, Antonium Gomesium, Michaelem Grassum. Crauettam, & Hieronymum Gabrielium, & dicit ibi Thesaurus, quod hæc est communis opinio, & quod ita iudicauit Senatus. Tertio dictum per me in meo tractatu substitutionum in parte 4. in capitu. 14. num. 28.

Respondetur considerando aliquos casus pro præsentis dubij resolutione.

2 Primus casus est, quando est institutus uenter nasciturus, & Ventri substitutus Titius existit, & in hoc casu uentre non nato, an substitutus admittatur, quæritur, & Resolutio est etiam uentre non nato, substitutũ admitti, quia habet locum caput impotentię uulgaris substitutionis, & in hoc casu loquitur Dominus Vincentius de Franchis in d. decis. 299. & in eodem casu ego loquor in meo tractatu substitutionum in carte. 4. in cap. 14. num. 29.

3 Secundus casus est, quando institutus est Titius, & ei substitutus fuit Sempronius, & Sempronio Caius, moritur primo Sempronius primo loco substitutus, & deinde Titius hæres, dubitatur an ultimo loco substitutus succedere debeat, resolutio est posse succedere, & in hoc casu loquitur Antoninus Thesaurus in d. decis. 86. & in eodem casu ego loquor in d. c. 14. nu. 28.

4 Tertius casus est, quando institutus est uẽter nasciturus, & ventri substitutus est uenter nasciturus, & uentri Sempronius, nam tunc si venter hæres institutus non nascatur, nec uenter primo loco ventri substitutus, an tunc ultimo loco substitutus succedere debeat. Resolutio est posse succedere, & ratio est, quia habet locum uulgaris substitutio ex capite impotentiæ.

5 Quartus, & ultimus casus est, quando institutus est uenter nasciturus, id est unus, uel plures, & si plures nascantur omnes pro æquali portione succedant, & deinde post institutionem factam supradicto modo, facta est substitutio, id est, si quis ipsorum sine filiis ex suo corpore descendentibus moriatur alteri moriatur, & postmodum facta est substitutio ultimo loco, id est, quod si omnes liberi sine filiis ex eorum corpore descendentibus moriantur, quod Cippo paterno moriantur, & in hoc casu, si uenter non nascatur, uel uiua restatrice nascatur, sed ipsa uiuẽte moriatur, uel quod de corpore mortuus extrahatur, & tunc ex quo institutio de uentre facta fuit caduca, cum natus non fuerit uiuus, uel cum uiuente testatrice mortuus fuerit l. unica. §. sin autem. C. de caduc. tollend. nec locum habere potest prima substitutio, ex quo plures nati non fuerunt, & ideo alter alteri mori non põt, & propterea similiter caduca prima substitutio effecta fuit d. §. sin autem, dubitatur igitur an ultimo loco substitutio de Cippo paterno facta valeat, ita quod testamentum ab ea incipere possit, & hic est proprie casus noster.

In qua resolutio est, substitutionem ultimo loco factam de Cippo paterno non posse habere locum uirtute tacite uulgaris substitutionis comprehense sub compendiosa substitutione, & ideo ab hac substitutione testamentum non posse assumere uires, & duplex est ratio.

Prima est, quia substitutio ultimo loco de Cippo paterno facta est sub conditione, ꝙ si plures nascantur, & oẽs sine filiis ex eorũ corpore natis, moriantur, quod moriantur Cippo paterno. Hæc igitur conditio si nascantur, & si nati sine filiis moriantur est uoluntaria, & non necessaria, & ideo debet adimpleri in forma specifica, & unus casus ad alium non trahitur l. commodissime. ff. de liber. & posthum. & in hoc casu loquuntur Alex. in cons. 1. uolum. 1. Socin. in consil. 76. uolum. 3. Corn. in cons. 199. uolum. 2. Socin. in l. 1. colum. 12. in uersic. & per prædicta his diebus consului. ff. de uulg. & pupill. substit. Io. Andr. in addit. ad Speculat. in tit. de testament. in addit. quæ incipit, huic quæstioni occurrit, Angel. in cons. 88. incip. uisis, & inspectis supradictis; Petr. de Anchar. in consil. 351.

351.incip. ex ferie testamenti colligitur mala digna electio. Oldrad in consi.139.incip. thema tale est Dominus, & Ripa in l.1.ff.de uulg.& pupill.substitut.& Marcus Antonius Natta in cons.667.uolum.3.Nam quod substitutio in uno casu facta ad alium extendatur,procedit,quando substitutio facta est in unum casum sub conditione necessaria, secus uero si facta sub conditione uoluntaria, nam tunc non est licita extensio de uno casu ad alium,nec licitum est in hoc casu considerare præsumptam testatoris uoluntatem, ita tenent Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, Alexander, Iason, Ruinus, & alii Doctores communiter in l.Gallus.§.& quid si tãtum. ff.de liber.& posthum. Ripa,& Socin. in l.1. ff.de uulg.& pupill.substitut.Socin.in consil. 140.sub num.9. uolum.1.& ego late dixi in meo tractatu substitut.in prima parte,in c.1. num.40 & per hanc rationem in iure uerissimam deciduntur plures quæstiones.

7 Prima est Oldradi in cons.142.incip. testator habens uxorem prægnantem, qui quærit. Testator dixit, masculus eum mihi natus fuerit uniuersalem hæredem instituo idem si posthuma,si uero duo posthumi nati fuerint, æqualiter hæredes sumpto, demũ subiunxit,quod super uiuentes posthumos, unum,uel plures morientibus in pupillari ætate, uel alias quandocumque sine liberis substituebat,& si omnes sic decederent substituit illis suas sorores æquis portionibus,testatore defuncto natus est posthumus, qui patri hæres extitit,& mortuus est in pupillari ętate,quęritur an locus sit substitutioni pupillari,ita quod mater pupilli ab eius successione excludatur, arguit ibi Oldradus,quod substitutio debeat sortiri effectum, tandem concludit contrarium,quod substitutio concepta fuit in casu, in quo plures posthumi nascerentur, si ergo unus tantum nascitur, iste casus, quantum ad substitutionem est ommissus, ergo relinquitur dispositioni iuris communis.d. l. commodissime, & eum sequuntur lo. Andr. in addit.ad Speculat.in tit.de testamen. §.in primis,in addit.magna, in uers.quarta quæstio proponitur,& Pau.de Castro in cons.14.incip.uisis, & consideratis in primis uerbis.

8 Secunda quæstio est Angeli in cons. 88.ubi quærit,quod testator instituit posthumos masculos vniuersales hæredes, & casu, quo nasceretur posthuma,quæ superuiueret nullis extantibus filijs masculis ipsius testatoris, tunc inuitauit ad dimidiam partem hæreditatis suæ fratrem proprium,contingit, quod nulli sunt nati posthumi, nec posthuma, an dictus frater admitteretur ad dictam dimidiam,decidit,quod non,quia dictus frater vocatus fuit a testatore, in casu,in quo filia posthuma nasceretur,si ergo contingat posthumam non nasci, non est admittendus, quia substitutio facta in casu, quo posthuma nascatur,non est extendenda ad casum dissimilem, uidelicet in quo posthuma non nascatur.d.l.commodissime.

9 Tertia quæstio est,Alexandri in cons. 188. uolum.2. ubi dicit, quod si testator instituit uentrem uxoris hæredem vniuersalem,casu, quo masculus nasceretur,si uero unam fœminam,uel plures nasci contingeret,tunc ei uel eis reliquit libras quadrigentas pro qualibet, demum subiungit, quod si filius masculus decederet in ætate pupillari,uel quandocunque sine liberis substituebat Philippum, contingit quod nullus fuit natus masculus, nec fœmina, an substitutus admittatur, concludit,quod non,quia substitutio fuit facta in cãsu, in quo posthumus natus decederet, sed in casu,in quo,neque masculus,neque fœmina nasceretur, testator minime prouidit casus ergo iste ommissus a testatore habebitur pro ommisso,& remanebit in dispositione iuris communis.d.l.commodissime.

10 Quarta quæstio est Ancharani in cons. 357.incip.ex serie testamenti, ubi decidit, quod si testator substituat uxorem filijs nascituris, non admittetur dicta uxor filijs non natis, cum iste casus a testatore non fuerit prouisus, nec expressus, idẽ uoluit Raphael Fulgos.in cons.49.incip ex facto proponitur.

11 Quinta quæstio est Ancharani in cons.136. incip. principaliter ponderandum est, ubi uult, quod si testator substituat filio suo nepotes ex dicto filio casu,quo contingeret dictum filium mori eo superstite,& demum dictis liberis substituat pauperes christi sub conditione, si sine liberis decesserint, si postea contingat, quod testator decedat superstite dicto filio, expirat ibi substitutio facta de nepotibus,& per consequens secunda substitutio facta de pauperibus christi eo,quia prima substitutio facta fuit in casu, in quo filius decederet uiuo testatore,& eum decesserit post eius mortem in hoc casu ommisso, dicta substitutio effectum sortiri non potest d. l.commodissime.

12 Sexta,& ultima est Socini in l.1.in 11.q. princip.in 8.limit.ff.de uulg.& pupill. substitut.ubi uoluit,quod si testator substituit hæredi suo cõpendiose, quandocunque hæres institutus sine liberis decederet,quę quidem substitutio continet sub se uulgarem, Cyn. Bald.& Salycet.in l.precibus.C.de Impuber. & alijs substitut.contingit,quod hæres institutus decessit cum filijs uiuente testatore,& sic hæreditate non adita, an dicta substitutio habebit effectum, decidit, quod non,quia substitutio facta fuit in casu, in quo decederet sine filijs, ideo non debet extendi ad casum, in quo hęres institutus decessit cum liberis, licet decesserit hæreditate non adita, & sic commodum hæreditatis ad ipsum, nec eius hæredes spectare posset,quia decessit uiuo testatore,res ergo deducetur ad causam intestati.

Vides

Vides igitur, quod unus casus ad alium non trahitur quando deficit in substitutione conditio uoluntaria, nec tunc attenditur uerisimilis mens testatoris, nec habet locum, quod ita prouidisset, si cogitauisset, sed in casu nostro deficit conditio, si plures nascãtur, cum nulli nati fuerint, deficit, etiam alia conditio, si sine filijs morerentur, & utraque conditio dicitur uoluntaria, igitur substitutio facta de cippo paterno, casu, quo plures nascerentur, & sine filiis morerentur non sortitur effectum, ex quo nulli liberi nati fuerunt, sed tantum vnus, qui vinente testatrice mortuus, immo mortuus de eius ventre extractus fuit.

Secunda, & vltima ratio est, nam prima substitutio fuit omnino inutilis, quia nulli filii fuerunt nati, igitur non potest facere uirilem secundam substitutionem, cum immediatè ab ea dependeat, & pro hac ratione est tex. in l. qui habebat. ff. de uulg. & pupill. substitut. qui textus optimus est pro hac conclusione, quæ procedit indubitanter, quando ob extinctionem primæ substitutionis deficit conditio uoluntaria in secunda substitutione, nam tunc certum est, quod corruit secunda substitutio, glossa, & ibi Doctores omnes in d. l. qui habebat, & in hoc casu loquuntur Doctores supra citati, & est communis conclusio, quam late comprobat Ripa in l. 1. nu. 95. & 96. ff. de unlgar. & pupillar. substitut. & in hoc casu non potest reprehendi, nec reprehenditur Oldradus.

Ex prædictis est concludendum Cippum paternum non succedere ex vi tacite vulgaris substitutionis comprehensæ, ut præsupponitur sub compendiosa substitutione, sed succedere eius sorores de Cippo paterno vti proximiores, quæ non tenentur uirtute clausulæ codicillaris soluere legata relicta in testamento, quia clausula codicillaris operatur, quod illud, quod non potest ex testamento deberi ex defectu ualiditatis testamenti, debeatur ab intestato, non autem, quando non debetur ex defectu uoluntatis, quia non euenit casus prouisus a testatore, sicut enim tunc non deberetur ex testamẽto, ita etiam non debebitur uirtute clausulæ codicillaris, cuius uirtute non debetur, nisi quando ex testamento debebatur, nec uirtus testamenti transfunditur in codicillos, ut declarat Bart. in l. 1. in prima quæstione. ff. de iure codicillorum, sequitur Socin. in consilio 76. col. fin. volumine 3.

Concludendum est igitur sorores vtrinq; coniunctas venire ab intestato, & non esse obligatas soluere legata.

Et ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SUMMARIUM.

1 *Substitutis reciproce filijs testatoris, & in eorũ defectum substitutis nepotibus ex fratre, an filia vnius ex filijs præmortui, an verò filius alterius ex filijs succedere debeat.*
2 *Substitutio conditionalis, an transmittatur ad hæredes.*
3 *Quando testator fecit plures gradus substitutionem, & in vltima post mortem filiorum vocauit extraneum tunc fideicommissum, ad filios hæredes transmittetur*
4 *Quando testator ad plures gradus substitutionum digressus est, positi in conditione vocantur positi in dispositione, ac substituti, declaratur nu. 5.*

Consilium LIV.

Proponitur casus iste.

Quondam Ioannes Baptista Porcinarius in suo vltimo testamento hæredes uniuersales instituit Ioannem Antonium, Prosperum, & Ascanium eius filios legitimos, & naturales cum conditione infrascripta, che morendo alcuni di essi in minori etate, uel quandocunq; sine filiis legitimis, & naturalibus ex suo corpore legitimæ descendentibus mora a quelli sopr auiuono, & morẽdo tutti in minori etate, vel quandocunq; sine filiis legitimis, & naturalib. ex eorum corporib. legitimæ descendentib. quod Deus diuertat, tũc & eo casu morano a Bartholomeo, & Gio. Francesco suoi nepoti. Filiam vero instituit in ducatis octingentis, & in bonis mobilib. cũ expressa prohibitione, quod aliud petere nõ possit, & cum conditione, che morendo detta Iulia sua figlia quandocunq; senza figlioli legitimi, & naturali descendenti del suo corpo, mora all' infrascritti suoi heredi, & in tal caso non possa detrahere la trebellianica. Euenit, quod primo loco mortuus fuit Ascanius sine filiis, ad cuius hæreditatem successerunt Ioannes Antonius, & Prosperus. Deinde decessit Ioannes Antonius relicto Ioanne Baptista eius filio legitimo, & naturali, & hærede, postmodum mortuus fuit ab intestato Prosperus relicta Olimpia eius filia legitima, & naturali. Dubitatur modo, an in hæreditate Prosperi succedere debeat Olimpia eius filia, an uero Ioannes Baptista filius Ioãnis Antonii uirtute auiti fideicommissi.

Pro resolutione huius facti videndum est de infrascriptis.

Primo, an sub illis verbis, che morendo alcuni d'essi in minori ætate, vel quandocunque sine filiis legitimis, & naturalibus ex suo corpore legitimæ descendentibus mora a quelli sopr auiuono, Comprehendatur dicta Olimpia filia fœmina adeo quod excludat substitutos.

Secundo, an Ioannes Antonius transmisserit fideicommissum ad Ioannem Baptistã eius filium, adeo, quod virtute transmissionis succedere debeat in hæreditate Prosperi quæ erat in bonis, & de bonis Ioannis Baptistæ Senioris & testatoris exclusa Olimpia filia Prosperi.

Tertio, & vltimo, an filii positi in illa conditione, che morendo alcuni di essi in minori etate, vel quandocunque sine filiis legitimis, & naturalibus ex suo corpore legitimæ descendentibus mora a quelli sopra uiuono, sint positi in casu nostro in dispositione ita, & taliter, quod ex eorum persona succedere possint.

1 In primo dubio est maxima inter Doctores altercatio, ex quo sunt substituti reciproce filii testatoris, & in ipsorum defectum substituti sunt Bartholomæus, & Ioannes Franciscus nepotes ex fratre, & sit agnati, in hoc igitur dubio duæ sunt Doctorum opiniones.

Prima est pro testatoris nepte, quod ipsa faciat deficere fideicommissum, quę opinio est in fauorem Olimpiæ filiæ Prosperi, & hãc tenent Ancharanus, Ioannes de Anania, Curtius Senior, Alexander, Corneus, Socinus, Parisius, Ruynus, Iason, Curtius Iunior, Hieronymus Gabrielius, Riminaldus, Virgilius de Syluestris, Crotus, Socinus Iunior, Riminaldus Iunior, Decianus, Alciatus, Bursattus, Cœphalus, Tobias Nonins, Zasius, Berous, & Simon de Pretis, qui dicit magis communem, & refert supradictos Doctores in suis locis in tract. de interpretat. vltim. volunt. lib. 3. solut. 2. nu. 24. in uers. hi uero sunt, qui hanc partem sequuntur, & vltra dictos Doctores in locis per Simeonem de Pretis citatos, in aliis etiam locis eandem opinionem sequuntur ipse Simon in cons. 31. nu. 9. & in cons. 90. Alciat. in l. quisquis, 116. ff. de uerbor. significat. & in l. Herennius, alias seruius, 122. eod. tit. & Ioannes Cœphalus in cons. 259. & 528. Berous in cons. 110. libro 2. Bursattus in cons. 300. Purpuratus in consil. 568. num. 28. & 30. Marzar. in quæst. 21. Modern. Parisiens. in addit. ad Alex. in cons. 38. num. 4. uolum. 6. & ad Dec. in cons. 370. in litera. C. Bolognin. inter consilia Alexandri, in cons. 53. lib. 4. & pro ista opinione dicit fuisse iudicatum Ioannes Baptista de Sancto Seuerino in l. generaliter. §. cum autem. C. de instit. & substitut. quem refert Gabriel in lib. 4. communium opinionum, in tit. de substit. conclus. 2. & secundum hanc opinionem iudicauit Senatus Pedemõtanus, ut attestatur Antoninus Thesaurus in decis. 188.

Secunda est opinio superiori contraria id est, quod substitutus admittatur, & non neptis ad testatoris hæreditatem, quam tenet Paulus de Castro in consil. 409. uolum. 2. & eum secuti sunt Socinus, Barbatia, Gualdensis, Calcaneus, Rubeus, Curtius iunior, Gozadinus, Decius, Curtius senior, Corneus, Alexander Socinus iunior, Gratus, Ruynus, Cephalus, & Boerius, quos omnes suis locis refert sequitur Gabriel. in d. conclus. 2. num. 9. & 11. eandem opinionem etiam sequuntur Fulgosius, Riminaldus, Baldus Nouellus, Berous, Rolandus a Valle, & Cęphalus, quos cum aliis suis locis refert Simon de Pretis in cons. 90. & latius in lib. 3. de interpretat. vltim. volunt. dubitat. 3. solut. 2. num. 24. uers. hi sunt igitur vlterius, Sfortia oddo, Thobias Nonius, & Decianus quos refert, & sequitur Michael Crassus in suo libro sententiarum in §. fideicommissum, quæst. 35. vbi dicit hanc esse magis communem opinionem, & quod illi, qui contrariam sequuntur opinionem, fatentur sententiam Pauli de Castro esse communiter receptam, & cum supradictis Doctoribus concurrunt etiam Zasius, Alciatus qui dicit hanc in practica seruari, Gerar. Mozol. Alba. Menochius Melchior Palaez, Guido Papæ, Antonius Gomesius, Didacus, quos in suis locis refert Antoninus Thesaurus in decis. 188. vbi dicit primam opinionem apud ipsum tutam non esse, & secundum hanc opinionem iudicauit Rota Romana, quam citat Marzar. in d. quæst. 21. & hanc eandem opinionem ego tenui in meo tractatu substit. in parte 4. in c. 7. nu. 12.

Vides igitur, quam maxima inter Doctores est controuersia super hac conclusione, nam vides, quod secundum Simeonem de Pretis prima opinio est magis communis, & quod secundum eam iudicauit Senatus Pedemontanus. Vides etiam, quod secundum Michaelem Crassum hęc secunda opinio est magis communis, & esse eam magis communem ex dinumeratione Doctorum attestatur Antoninus Thesaurus in d. decis. 188. & repræhendit Simeonem de Pretis, qui dicebat primam opinionem esse communem vides etiam quod secundum hanc secũdam opinionem iudicauit Rota Romãna, & iudicare iuxta primam opinionem rem periculosam esse tradit Thesaurus, ideo ego in iudicando nullo pacto recederem ab hac secunda opinione, quam puto veriorem, cum per Rotam Romanam sic fuerit decisum, cuius authoritas apud me est maxime consiferationis, & tanto magis in casu nostro non est discedendum ab hac opinione infrascripta ratione.

Prima opinio in fauorem neptis declaratur non procedere, quando substitutus non solum esset de agnatione, sed etiam ex forma statuti excluderet fęminam, vt late per Gabrielium in cons. 97. numer. 25. & Socin. iun. in consil. 90. volum. 3. vbi dicit, quod legendo, & consulendo solitus est iudicare pro substituto, quam opinionem secuti sunt et Alexander, Corneus, Gozadinus, Crotus, Ruinus, Dec. Berous, Cęp. Alba. & Rubeus,

quos

quos in suis locis ego referre in meo tracta tu substitutionum,in d.cap.septimo, numero duodecimo, versicu. quartus casus, ubi dicit hanc esse communem opinionem, & eandem sequitur Antoninus Thesaurus in d. decis. 188. numero decimoquarto, qui reprehendit Simeonem de pretis, qui cum Ruino,& aliis,quos allegat,contrariam opinionem tenet.

Sed in hoc Regno extat constitutio,quod extantibus masculis fœminæ non succedũt, & substituti sunt filii masculi testatoris,& in ipsorum defectum sunt substituti agnati exclusa fœmina filia,igitur Neptis a substitutis exclusa, censetur, & non compræhenditur sub illis verbis,che morendo alcuni di essi in minori ætate, vel quandocunque sine filiis legitimis, & naturalibus ex suo corpore legitime descendentibus mora a quelli sopraviuono.

Confirmatur hæc opinio hac alia consideratione.

Testator exclusit filiam fœminam propter filios masculos, ac etiam propter agnatos in defectum filiorum substituros, si igitur exclusit filiam fęminam propter masculos, ac etiam propter agnatos in testamento nominatos, & in defectum filiorum sine filiis legitimis, & naturalibus decedentium, quanto magis dicitur exclusisse nepotem ex filio masculo tunc temporis non natam nec procreatam, cum magis dicatur diligere filiam propriam, & tempore testamenti natam, quam neptem nec natam, & procreatam. l.si viua matre.C.de bonis maternis, testator enim plus dilexit filios masculos, quã feminam,& plus dilexit Bartholomæum,& Ioannem Franciscum nepotes ex fratre, quam filiam, & hoc iudicandum est fecisse ratione agnationis conseruandæ, propterea considerandum est plus etiam dilexisse substitutos,quam neptem ex filio, nam si testator de hoc interrogatus fuisset, vtique ita respondisset, & ideo pro expresso habetur arg. glossæ in l. tale pactum.§. ultimo.ff. de pact.quæ glossa etiam extenditur ad vltimas voluntates per tex.in l.cum res.ff. delegat,1. & in l.Titius.§.Lucius,vbi Alexan. & Iasin primo notabili. ff.de liberis,& posthum. Anchar.in consi.339. colum.vltim. versicu. pro hoc optime facit,Iasin cons.203.vers.secunda ratio, Curt.in cons.83.vers.& ideo, & Socin.iun.in cons. 168. vers. demum ex omnibus,lib.primo.

Ex prædictis concludendum est substitutos excludere neptem ex filio,& consequenter in casu nostro sub appellatione filiorum non compræhendi ipsam Olimpiam Prosperi filiam, & nouissime contra neptem tenet Antonius Peregrinus in tractat.de fideicommiss.art.25.num.22.

2 In secundo dubio, an ad Ioannem Baptistam filium Ioannis Antonii transmissum fuerit fideicommissum, concludendum est quod sic,& ratio.

Quia licet communis sit conclusio, quod substitutio conditionalis non transmittitur ad hæredes, glossa in l. unica C. de his, qui ante apertas tabul. in l. hæredes mei.§. cum ita,in verbo,suscepissent.ff. ad Trebell. facit text. in l. vnica.§. sin autem sub conditione. C.de Caduc. tollend. in l. si in personam, & ibi Bald.C.de fideicommiss.Bald. & Imol.in l.qui ex filiis ff. de vulg.& pupill. subst.tut.in l.si pater,in 4.quæstion.C.de institut. & substitut.D. Anton. & Canonistæ in c. Raynaldus, extr. de testam. & alibi sępe Doctores. Tamen non procedit quando contrarium constaret ex coniectura ta mente testatoris, ita signanter limitat Bald. quem sequuntur communiter Doctores in dicta l.vnica.C.de his,qui ante aperr. tabul.& in l. vnica.C.utactiones ab hæredibus, & contra hæredes, Ruynus in consil.179. numero quinto,libro secundo,& Dec.in cons. 397. numero quinto,sed in casu nostro adsunt multæ coniecturæ, per quas censetur testatorem uoluisse fideicommissum ad filios substitutorũ transmitti,igitur transmissum censetur.

Prima coniectura est, quia testator reliquit filiæ fęminæ dotem, & ab institutione uniuersali eum exclusit,instituendo tantum filios masculos, quod non alia ratione uidetur fecisse, quam ut bona in agnatione conseruaret, id, quod fieri non posset, nisi fideicommissum transmitteretur, & hanc coniecturam esse efficacem, in specie dixerunt Socin. sen. in consilio sexto, numero decimotertio,uolumine tertio, Dec.in consilio 374. numero quarto, Paris. in consilio septuagesimoseptimo, numero decimoquarto,libro secundo, Curt. iun. in cons. 69. & in consil.89. Ruin. in cons. 156. numero quinto, in consil. 140.num. 15. & in consilio 179.num.6.7.volumine secundo,Ias.id consilio 52. volum. 3. & in cons. 154. uolumine quarto, Rub. in consil.28. num.8. & in cons. 120.numero quarto, Socin. in consilio 167. num.20 & Aymon Crauetta in consil. 306. numero tertio, & Iacobus Menochius in consilio nonagesimoquinto, num. centesimoquinto.

Secunda coniectura est, quia testator filios suos masculos instituit, & inuicem substituit, & sic ab initio re, & uerbis testator suos hos hæredes coniunxit, & ita ius accrescendi cum fideicommissaria substitutione iniunctum fuit, sed quando ius accrescendi est substitutioni fideicommissariæ iniunctum, facit illam substitutionem sui natura non transmissibilem, esse transmissibilem.l. qui ex duobus.ff. de acquirenda hæredirat. & in terminis ita determinauerunt Socinus senior, Iason, Ruinus,

Ruinus, Curtius iunior, Cagnolus, Parisius, Cæphalus, Aretinus, Alexander, quos in suis locis refert & sequitur Iacobus Menochius in consilio nonagesimoquinto, numero centesimoundecimo, ubi dicit hanc opinionem communiter receptam esse, idẽ tenent Angelus Aretinus, Bartolus, Gulielmus Benedictus, Baldus, & Cassaneus, quos in suis locis ego refero, & sequor in meo tractatu substitutionum in quarta parte, in cap. 14. num. 8.

Tertia coniectura est, quando filij substitutorum positi sunt in conditione, ut in casu nostro, tunc cum testator uideatur ad dictos filios affectionem habuisse, fideicõmissum, etiam decedente substituto ante eum, cui facta fuit substitutio, ad eius filios transmittitur, hæc est communis conclusio, quam sequuntur Baldus, Aymon Crauetta, Fulgos. Petrus de Ancharano, Cumanus, Socinus, Iason, Decius, Marianus Socinus iunior, Ruynus, Parisius, Curtius senior, & Curtius iunior, quos suis in locis ego refero, & sequor in dicta quarta parte mei tractatus de substitutionibus, in dicto capit. 14. nu. 21.

Quæ conclusio procedit etiam quando per testatorem dictum fuisset superuiuentes, seu superstites ut in casu nostro, Cuman. in cons. 13. Dec. in consil. 369. num. 1. Fulgos. in consil. 15. Parif. in consil. 5. nume. 34. & in consil. 50. uol. 3. Ioannes Cæphalus in consil. 114. uolum. 1. Aymon Crauetta in l. cum filiofamilias, num. 352. ff. de leg. 1. & Socin. in l. hæredes mei. §. cum ita, sub num. 10 in vers. ex cuius dicto infero illud declarando. ff. ad Trebell. quam ampliationem vti magis communem ego sequor in d. cap. 14. sub nu. 21. in versic. Hæc conclusio, & in consilio meo posito post opinionem Viuij. 844. numero trigesimosexto.

Quarta coniectura est, quotiescunque verisimile est testatorem ita voluisse, ut etiam pendente conditione fieret transmissio, & ita disposuisse, si de hoc interrogatus fuisset, Ias. in consilio 233. volumine secundo, & Grat. in consilio 101. numero octauo, volumine 2.

3 Hinc est, quod quando testator fecit plures gradus substitutionum, & in ultima post mortem filiorum uocauit extraneum, tunc fideicommissum ad filios hæredes transmittitur, ex quo apparet testatorem filios substituto præuilexisse. Curt. iun. in consilio 16. & Grat. in d. consil. 101. sed in casu nostro testator fecit plures gradus substitutionum, & in ultima instituit extraneos, quia substituit nepotes ex fratre. l. unica. §. extraneum. C. de rei uxor. action. igitur fideicommissum etiam pendente conditione per Ioannem Antonium transmissum fuit ad Ioannem Baptistam eius filium.

Quinta, & ultima coniectura in casu nostro est, quia testator fecit plures gradus substitutionum, & quando testator facit plures gradus substitutionum, tunc censetur substitutum cum conditione, si sine filijs decesserit, grauasse transmittere ad filium suum, Parif. in consilio sexagesimo sexto, numero quinquagesimosecundo, & septuagesimo sexto, & in consilio septuagesimooctauo, columna prima, volumine tertio, & in consilio septuagesimoseptimo, numero vigesimo & vigesimoprimo, volumine secundo. Gratus in secundo libro responsorum, in respon 10. 101. columna prima in fine, Dec. in consilio 194. Socin. iun. in consilio 141. uolumine secundo, & Ioannes Cæphalus in consilio 114. uolumine primo. & ego dixi in meo consilio edito post opinionem Viuij 844. numero 1038.

Ex prædictis coniecturis, & maxime simul unitis apertissime constat fideicommissum per Ioannem Antonium transmissum fuisse ad Ioannem Baptistam eius filium.

4 In tertio, & ultimo dubio ommissa disputatione concludendum est filios positos in conditione fuisse uocatos, positos in dispositione, ac substitutos, & hoc ex pluribus.

Primo, quia testator ad plures gradus substitutionum digressus est, in quo casu id est, quando testator sub eadem liberorum conditione ad plures gradus substitutorum digressus est, & sic quando post morrem omnium filiorum sine liberis prouidit de ulteriore substituto, vt in casu nostro, tunc filij positi in conditione censentur positi in dispositione, ita in terminis tradit Petrus de Ancharano in consilio septuagesimo, quem secuti sunt Alexander, Antonius Rubeus Alexandrinus, Iason, Curtius senior, Curtius iunior, Gozzadinus, Parisius, Marianus Socinus iunior, Mantua, Gratus, Ruinus, Boerius, Grauetta, Purpuratus, & Rolandus a Valle, quos in suis locis refero & sequor in consilio meo edito inter communes opiniones Viuij post opinionem. 844. num. 46. & tandem ita determinauit senatus Pedemontanus ut attestatur Antoninus Thesaurus in decis. nonagesimasexta, num. decimoquinto cum seqq.

Secundo, quia in casu nostro filij bis in conditione fuerunt positi, ut uidere est ex lectura testamenti, & quando filij bis fuerunt positi in conditione, tunc censentur positi in dispositione, Gozzad. in consilio sexagesimoquarto, numero nono. Corn. in consilio septuagesimoquarto, numero quinto, volumine secundo. Aymon Crauetta in consilio fin. Hieron. Zanch. in l. hæredes mei. §. cum ita, numero 783. ff. ad trebell. Iacobus Menochius in consil. centesimotrigesimoquinto, numero septimo, uolumine secũdo, & in consilio 325. numero vndecimo, uolumine 4. Ioannes Cæphalus in consilio 476. num.

num.10.volum.4.& Iosephus de Rusticis in tract. an,& quando liberi in condit. posit. in lib.5.in cap.2. vbi ait non esse ab hac opinione discedendum.

Tertio, testator in casu nostro certum quid filiæ reliquit, ab alijs bonis eam excludendo, in quo casu filij filiorum positi in conditione dicuntur positi in dispositione, ita tenent Curt.iun.in cons.87.Corn.in cons.207. vol.2. Paulus de Castro in cons.359.suprascriptus Dominus consultor, vol.3. Iason in consil. 108.vol.4.& Guid.Pap. in q.299. & hoc fortius procedit in casu nostro, cum filia fœmina non solum excludatur propter filios masculos sed etiam propter extraneos, licet de agnatione testatoris, vt in casu simili dicit Aymon Crauetta in cons.130.nu.4.qui Crauetta ibi,& in cons.65.superiorem conclusionem tenuit, cum quibus concordat Hieronymus Gratus in lib.2.responsorum, in respon so 106.nu.47.

Quarto testator post filios institutos, inuicemque substitutos sine filiis decedentes substituit extraneos videlicet Bartholomæum,& Ioannem Franciscum nepotes ex fratre, nam tunc filii positi in conditione censentur vocati per fideicommissum, Petr. de Ancharano in cons.74. quem sequitur Cratus in dicto responso 106.nu 41.& tradit Antoninus Thesaurus in decis.96. sub nu.30. in vers.idem dicere possumus.

Quinto,& ultimo, quia in testamento isto pater filios sine filiis decedentes reciprocè substituit, in quo casu filii positi in conditione censentur in dispositione positi, Thesaurus in d.decis.96.nu.31.

Ex prænarratis coniecturis saltim simul vnitis aperte constat filios positos in conditione ad fideicommissum vocatos fuisse.

5 Et si dicatur, quod filii positi in conditione quando dicuntur positi etiam in dispositione hoc intelligitur, quod succedāt eorum parentibus grauatis non autem, quod videātur substituti cohæredi dato patri, Paul. de Castro in l. filiusfamilias.§. cum quis. ff. de leg.1.Socin.in l.hæredes mei.§.cum ita,col. 1.ff.ad Trebell.Curt.iun.in cōs.135.Galiaula in repet.l.centurio,col.25.vers.tertia vtilitas. ff.de uulg.& pupill.substit.& late Ioseph de Rusticis in dicto tractatu, an, & quando, in lib.5.in c 9.

Respondetur, quod hæc conclusio non procedit, quando constat de contraria,& præsumpta, & tacita testatoris voluntate, nam tunc filii positi in conditione, & tacitè vocati dicuntur etiam patruo substituti, Ruin. in cons.142.col.7.lib.3. & Hieron. Zanc.in d.§. cum ita,nu.790.

Sed in casu nostro constat de hac testatoris præsumpta voluntate, vt probabo, igitur etiam respectu patrui censentur uocati,& positi in dispositione.

Minor probatur ex infrascriptis.

Primo, quia filii filiorum positi in cōditione in casu nostro sunt de descendentibus testatoris, in quo casu, quando positi in conditione,& tacite uocati sunt de descendentib. testatoris, tunc dicuntur uocati etiam in portione patrui, Ruin. in cons.121.num.8.vol.2. & Rusticus in dicto capitu. nono, numero octauo.

Secundo, testator instituit filios masculos deinde eos inuicem substituit, si quis ipsorum sine filiis decesserit, postmodum omnibus sine filiis decedentibus substituit nepotes ex fratre,& sic agnatos, & filiam fæminā ab hæreditate exclusit relinquendo ei tantū dotem, ex hoc apparet primo prædilexisse eius filios, secundo filios filiorum, tertio agnatos ad exclusionem fœminæ,& hoc non fecit alio respectu, nisi quia habuit rationem ad conseruationem agnationis, cum masculos prætulerit, Paul. de Castro in consil. 421. quod ista mater, lib.1. Socin.in cons.12.in primo dubio, in cons.63. columna octaua, circa lib.3.& in consilio septuagesimotertio, lib.4. & Dec.in cons.371.columna tertia, post medium, & in consil. 516. columna quarta, ex hoc igitur quod testator voluit bona eius ad masculos,& agnatos peruenire induci debet fideicommissum reciprocum, quia alias de facili transirent bona ad fœminas,& ad alios extraneos contra expressam testatoris uoluntatem, ita fideicommissum considerant Cor.in cons.229.lib.3.Dec.in cons.315. Cur. iun.in cons.121.& Crauett.in cons.130. numero nono.

Tertio apparet de uoluntate testatoris, qui uoluit, quod filii masculi succedant, & in defectum filiorum sine filiis succedant nepotes de agnatione exclusa filia fœmina.

Si igitur filii positi in conditione, & vocati, non dicerentur substituti etiam patruo decedenti sine filiis masculis, succederet, quod neptis ex masculo præferretur filiis masculis alterius patrui, & substitutis, ac etiam extranei succedere possent ex dispositione alterius patrui decedentis sine filiis masculis, & sic melioris conditionis esset neptis, quam filia,& quam essēt filii masculi alterius patrui, ac etiam extranei, quod dicere est absurdissimum, & contra expressam testatoris uoluntatem, ideo ne sequatur hoc absurdum, concludendum est filios positos in conditione esse etiam respectu patrui positos in dispositione, ut tradit Crauetta in consilio centesimotrigesimo, sub numero sexto, in uersic. secundo considero.

Quarto,& vltimo constat de præsumpta testatoris uoluntate ex eo, quia uoluit, ut filii decedentes sine filiis hæreditatem restituant transuersalibus agnatis, si igitur dicuntur grauati restituere hæreditatem transuersalibus, quanto magis di-

diauntur grauati restituere filijs positis in conditione ac in dispositione, cum ipsi sint ex descendentibus testatoris, & magis prædilecti ut in casu similiait Aymon Crauetta in d.consi.130.sub num.7.in uersi.quarto con sidero.

Ex allegatis uides Ioannem Baptistam filius Ioannis Antonij debere uti positum in conditione, & uocatum admitti ad fideicommissum etiam Prosperi eius patrui, ut in casu simili dicunt etiam Ruyn. in consi. 139.num.19.lib.3. Crauetta tam in d.consi. 130.quam in consi.62. Cratus in 2. uolum. responsorum,in responso.106.& Zanchus in l.hæredes meis.§.cum ita, in septima parte, num.85.& in octaua num.228.ff. ad Trebell.

Ex omnibus supradictis elicitur conclusio, sub appellatione filiorum in conditione positorum non comprehendi Olimpiam filiam Prosperi,& fideicommissum per Ioãnem Antonium transmissum fuisse ad Ioannem Baptistam eius filium, ipsumque Ioannem Baptistam positum in conditione esse etiam uocatum in hæreditate Prosperi eius patrui, & ideo ad eius hæreditatem uenire tam iure proprio, quam iure transmissionis, & ita iuris esse censeo,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Substitutio reciproca iuncta cum compendiosa dicitur continere etiam substitutionum fideicommissariam.*

2 *Substitutos decedente ante institutum fideicommissum fit caducum.*

3 *Substitutus decedens ante institutum,seu antequam aduenit conditio,an transmittat ius substitutionis ad alios.*

4 *Filij an venire possint iure subingressionis, & sic in locum patris in fideicommisso, quando non extant patrui.*

5 *Filij positi in conditione an videantur positi in dispositione.*

Consilium LV.

Violantes salui suum condidit testamentum, in quo hæredes instituit Camillum, Marcum Antonium, & Donnum Innocentium eius filios, disponendo, quod si aliquis ex eius filijs moriatur sine liberis ex eius corpore descendentibus,quod unus Alteri moriatur. Decessit Marcus Antonius ad cuius hæreditatem successerunt Camillus, & Donnus Innocentius, postea decessit Camillus relicto Ioanne Francisco eius filio,& duabus filiabus. Tandem Decessit Donnus Innocentius sine filijs condito testamento, in quo instituit hæredes eius neptes, & filias supradicti Camilli.

Ad presens Ioannes Franciscus filius Camilli uirtute huius substitutionis prætendit in ipsa hæreditate idest in parte obuenta Donno Innocentio debere succedere.

1 Pro resolutione uidendum est primo,que sit hæc substitutio,resolutio est,quod hęc est reciproca iuncta cum compendiosa, & ideo dicitur continere etiam substitutionem fideicõmissariam, doctores in l.Lucius,ff.de vulg.& pupill.substitut. Rolandus a Valle in consi.25. uolum.1.& dixi in tractatu meo de substitutionibus in 5.parte,in capit. decimo, numero 5.

Secundo uidendum est, qui nam fuerint substituti,resolutio est,quod filij hæredes instituti idest Camillus,Marcus Antonius, & Donnus Innocentius fuerunt reciproce substituti, ut apparet ex verbis substitutionis, quę sunt ista, Item lassa essa testatrice, che morendo alcuno d'essi suoi figliuoli heredi sopradetti sine liberis ex eorum corporibus legitimis,che morano l'uno all'altro.

2 Tertio uidendum est,an ex quo Camillus substitutus decessit ante Donnum Innocentium, & sic antequam aduenisset conditio, fuerit fideicommissum effectum caducum. Resolutio est fideicõmissum effectum fuisse caducum,tex.est in terminis in l. unica. §. sin autem. C.de caduc.tollend. & ibi Baldus. Vera est enim conclusio,quod quando moritur substitutus antequam institutus,uel antequam substitutionis conditio eueniat, quod extinguitur substitutio etiam quando aliquis de descendentibus testatoris substitutus fuit,glossa, Cyn. Bart.nu.4.Bald.num.10. Salycet.num.8.& Alber. nume.4. in l.unica. C.de his,qui ante apert.tabul.Bald.num.5.& Salyce.in fine in l.vnica.§.sin autem aliquid. C.de Caduc.tollend.glo.Bartol.num.2.& in fine,Paulus de Castro num.3.in princ. Alex. nu.6.Socin.Sen.num.9.uersi.igitur.Ripa,nu. 60.ante finem,& Socin.iun.num.37.& 47.in l.hæredes mei.§.cum ita.ff.ad trebell. & consulendo multi hanc opinionem secuti sunt quos retuli in meo tractat.substitut.in 4. parte,in cap. 14. num.2. & in iudicando eam secuti sunt Guido Papæ in decisi. 232. nume.3. Boerius decisi.354. num.13. & Marcus decisi. 78. nume.8. & hæc est communis omnium Doctorum sententia.

3 Quarto uidendum est, an substitutus decedens ante institutum, seu antequam adueniat conditio, transmittat ius substitutionis ad filios. Gloss.in l.is cui.ff. de action. & obligat. tenet, quod transmittat, gloss. ista licet id teneat,tamen uera resolutio est,quod non transmittat,& dicta glo. communiter reprobatur,quæ conclusio procedit sine substitutus sit extraneus Doctores communiter in l.hæredes mei,in §.cum ita,ff.ad trebell. siue substitutus sit unus ex descendentibus, Ro-

ma-

manus in consi. 17. vbi dicit id indubitatissimum esse & in consi. 162. vbi addens allegat multos Doctores, qui tenent hanc opinionē uti communem, & magis communem, & dicūt glossam in d.l. is cui, communiter esse reprobatam, & pro hac indubitata conclusione videantur Alex. in consi. 252. uolum. 6. & in consi. 62. uolum. 7. Ripa in d. §. cum ita, Bal. in consi. 435. uolu. 4. Marcus Antonius Natta in consi. 551. per totum volum. 3. qui notabiliter loquitur. Rolandus a Valle in cons. 46. num. 5. uol. 3. & Curt. iun. in consi. 92. num. 6. & in cons. 135. num. 5. cum seqq.

4 Sexto uidendum est, an filij uenire possint iure subingressionis, & sic in locum patris in fideicommisso, quando non extant patrui. & Resolutio est uerissima, quod non, ut probatur in §. huiusmodi uero priuilegiū in auth. de hæred. ab intestat. venient. tradūt Paulus de Castro in authent. defuncto. C ad Tertull. Roman. in cons. 196. & Antoninus Thesaurus in decis. 162.

5 Septimo videndum est, an filii positi in cōditione, censeantur positi in dispositione. Resolutio est quod non Iulius Clar. in lib. 3. sententiarum in §. testamentum, in quæst. 77. vbi ait hanc esse magis communem opinionem, & nephas esse in iudicando ab ea discedere, Antoninus Thesaurus in decis. 96. vbi ait, quod cum hac opinione semper transiuit illæ Senatus, & Ioseph de Rusticis in tract. An, & quando liberi, in cap. 1. & 2. in fine, vbi ait sic fuisse decisum in Curia Parlamenti, Delphinalis, in Rota Romana, & in sacro consilio.

Ex his conclusionibus patet resolutio pręsentis difficultatis quod cum Camillus non transmiserit ius fideicommissi ad filium, quod cum Ioannes Franciscus non repræsentet patrem, ex quo non adest patruus, cū quo non currere possit, & sic, cum non possit venire nec iure transmissionis, nec iure subingressionis, certum est fideicommissum fuisse extinctum, & ideo Donnum Innocentium libere potuisse disponere, & cum uti ipsæ Ioannes Franciscus positus in conditione, non censeatur positus in dispositione, nō potest ex se ipso uenire, & ideo est, quod fideicommissum reciprocum licet inducatur inter filios, non tamen censetur inductum inter nepotes positos in conditione, Antoninus Thesaurus in decis. 248. num. 16. & 17. immo quando filii positi in conditione ex coniecturis censentur positi in dispositione, censentur vocati ad portionem patris eorū, non autem cohæredis, Antoninus Thesaurus in d. decis. 248. num. 16. sed re uera in casu nostro nullo pacto potest dici, quod filii positi in conditione, censeantur positi in dispositione.

Et si forte dicatur, quod Camillus pater Ioannis Francisci, Marcus Antonius, & Donnus Innocentius erant inuicem substituti, & etiam coniuncti re, & uerbis, & ideo stante unione substitutionis, & coniunctionis, & sic iuris accrescendi, ea substitutio, quæ sui natura non est transmissibilis efficiatur transmissibilis. l. qui patri, & l. qui ex duobus. ff. de acquirend. hæred. Soc. in cons. 6. num. 14. lib. 3. Ias. in consi. 154. uolum. 4. & Ioannes Cephalus in consil. 283. numer. 26. uolum. 2.

Respondeo, quod in casu nostro non agitur de coniunctis, cum per aditionem Camilli, & aliorum resolutum fuerit ius accrescendi, & quodlibet aliud ius. l. post aditam. C. de impuber. & aliis substitut. & ita notabiliter respondet Antoninus Thesaurus in decis. 248. num. 5. & sub num. 13. in versic. ad tertium respondetur, & propterea quod nō transmittitur ius fideicommissi prout in casu nostro in terminis concludunt Alexan. in cons. 252. volum. 6. & in cons. 62. uolum. 7. Bald. in cons. 435. uolum. 4. & Marcus Antonius Natta in cons. 550. uolum. 3. qui Doctores loquuntur propriè in terminis casus nostri, & quod hæc coniectura post aditam hæreditatem non sit vera ut tradidit Thesaurus in d. decis. 148. num. 5. & sub num. 13. ultra supradictos tenent Ripa in d. §. cum ita, sub num. 66. in uers. Aduerte diligenter, & Viuius in opin. 843. num. 17. vbi testatur de communi, & qui loquitur in terminis nostrę quæstionis, & dicit sic fuisse decisum, & ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

Et sic quod dictus Ioannes Franciscus in aliquo non possit succedere.

SVMMARIVM.

1 *Mulier nupta liberè potest eligere sepulturam.*
2 *Voluntas quando mutata, seu reuocata conijciatur, & num. 3. 4. 5*
6 *Electio sepulturæ an sit pars vltimæ voluntatis.*
7 *Quod non est transmissibile ad hæredes, an alio modo possit in alium transferri.*
8 *Mandatum, cuius effectus necessario refertur post mortem mandantis, non expirat morte committentis, declaratur nu. 9. 10.*
11 *Mulier, quando sepelienda sit in sepulcro mariti.*
12 *Plura ad electionem sepulturæ per vxorem faciendā spectantia, & nu. 13. 14*

Consilium LVI.

MVlier, viuente uiro, decessit, quæ prius declarauit uoluntatem suam velle sepeliri in uenerabili ecclesia S. Bernardini, & deinde post dictam declarationem interrogata a uiro ad suasionem Archipresbyteri sanctæ Mariæ de Paganica vbi velles seppelliri, respondit, done uoi tu, qui uir post mortem suæ uxoris, declarauit debere sepelliri, in

In ipsa ecclesia Diui Bernardini, ubi sepulta fuit, orta fuit lis inter venerabilem ecclesiã Sanctæ Mariæ de Paganica parochialem uiri, & inter ipsam venerabilem ecclesiam sancti Bernardini, Prætendens ecclesia sanctæ Mariæ debuisse sepelliri in ipsa ecclesia Parochiali uiri, & ad ipsam spectauisse, & spectare emolumenta funeralium, dicens de iure communi habere intentionem fundatam per tex. in c. 1. in c. is qui, & in c. licet, de sepultur. lib. 6. & in c. 1. & in c. in nostra, de sepultur. Dubitatur, quid iuris.

In hoc dubio procedendo secundum ueras conclusiones, dicendum est ipsam mulierem de iure debuisse sepeliri, prout sepulta fuit in ipsa ecclesia sancti Bernardini, & hoc ex tribus.

1 Primo. Mulier nupta, libere potest sibi eligere sepulturam. c. de vxore, & ibi Abbas, extr. de sepultur. sed hæc mulier elegit sepulturam sui corporis in ipsa sancti Bernardini ecclesia, vt testes examinati deponunt, igitur ibi iure permittente sepulta fuit.

2 Per aduocatum ecclesiæ sanctæ Mariæ dicitur, quod ab hac voluntate mulier ista recessit, quando post modum interogata a uiro, dixit, quod sepelliri volebat, vbi uolebat eius uir, quia per hanc facultatem intendebat, quod maritus potuisset eligere eam ecclesiam, quam maluisset, & ista ultima uoluntas derogat priori electioni, ex quo in dependentibus a voluntate prior uoluntas reuocatur ex secunda etiam inualida. l. plane, la 1. ff. delegat. 1. l. & si transferam. ff. de Adimend. legat.

3 Respondeo huic consideratio, Prima enim uoluntas a secunda reuocatur, quando secunda contraria est primæ seu diuersa, ut in d. l. plane, & in d. l. & si transferam, at secus est, quando secunda non est contraria, nec diuersa a prima, sed est incerta, ut est in casu nostro, quia secunda uoluntas remissa fuit circa electionem sepulturæ uoluntati uiri, nam tunc secunda uoluntas incerta dicitur regulari a prima, tum quia præcedentia declarant sequentia. l. si seruus plurium. §. fin. ff. de leg. 1. tum quia mutatio uoluntatis nõ præsumitur. l. sancinus. C. de testament. & rum quia, sciens mulier, quod vir eius primam uoluntatem adimpleuisset, ideo se eius uoluntati remisit, ut patet ex actu subsecuto circa electionem factam de sepultura per eius virum, ex actu enim subsecuto præcedens animus declaratur. §. pauonum, Instit. de rer. diuis. & l. sed Iulianus. §. proinde, ibi intelligendumque ab initio sic accepisse. ff. ad Macedon. ex actu enim subsecuto qualis animus fuerit in contractu antecedenti declaratur Crauett. in cons. 77. num. 10. & Paris. in cons. 14. num. 32. & in consilio 90. num. 41. volum. 1. ac etiam est, quod ex actu subsecuto mens dubia disponentis declaratur Socin. sen. in cons. 25. vol. 1. & ideo est, quod ex actu subsecuto declaratur, quã de re intellexerint contrahentes Socin. iun. in cons. 61. num. 37. lib. 2. ex his igitur considerandum est, mulieris animum fuisse semper sepelliri in dicta ecclesia sancti Bernardini, & quamuis vltimo loco remisit se uoluntati mariti, hoc fecit, quia sciebat virum ad implere eius piam voluntatem, prout adimpleuit, ex qua adimpletione constat hanc fuisse semper uxoris voluntatem, & ut adimpleretur remisit uoluntati eius uiri sepulturæ electionem, non quod a prima uoluntate recesserit.

4 Præterea vltima voluntas dum remisit se voluntati viri, fuit ad interrogationem uiri mediante suasione Archipresbyteri sanctæ Mariæ de paganica, & sic non fuit spontanea, & ideo videtur, quod talis electio non valeat, sed bene prima c. 1. de sepultur. lib. 6. tradit Aymon Crauett. in cons. 10. pro qua conclusione facit id, quod dicimus, testem, qui super aliqua re semel deposuit, non debere super eadem amplius interrogari. l. producti. ff. de testib. l. fin. C. eod. tit. quę iura ad hũc propositum citat Dec. in cons. 175. col. pen. vers. tertio responderi potest, & in cons. 189. colum. 6. vers. quarto, & ultimo, & ideo cum hæc mulier declarauerit velle sepeliri in sancti Bernardini, non debebat aliter per virum ad suasionem dicti Archipresbyteri interrogari.

Dicendum est igitur, uel quod secunda uoluntas non ualuerit, sed prima, uel quod per eam a prima non recesserit.

5 Secundo probatur in casu nostro electio sepulturæ per uxorem commissa fuit uiro, qui uir elegit sepulturam in ipsa sancti Bernardini ecclesia, modo sic, uera est conclusio in iure, quod infirmus laborans in extremis, si commisit electionem sepulturæ cuidam, & antequam commissarius elegerit, decessit committens, demum commissarius elegit sepulturam apud certum locum, dicta commissio, & electio teneti debet, sic dicũt Petr. de Anch. in cons. 240. Lapus Abbas, & Geminianus, in c. is qui, § mulier, num. 6 de sepultur. lib. 6.

Probatur hæc conclusio arg. l. utrum. §. cum quidam. ff. de reb. dub. ubi dicit textus, quod si testator instituit tres hæredes, & grauat alterum, ut mortuo testatore restituat illam hæreditatem alteri ex his, cui sibi uidebitur, quod ualet fideicommissum, quia in uoluntate istius non est, an restituat, cum uelit ipsum restituere, sed in uoluntate sua est, cui restituat, ita dicendum est in proposito, nam non remittit vxor in voluntate viri, an eligat sepulturam, quia vult, quod eligat, sed bene est in voluntate eius in quo loco eligat.

Contra hanc veram conclusionem aduocatus ecclesiæ Sanctæ Mariæ de Paganica arguit duobus modis, & primo dicit, quod electio sepulturæ est pars vltimæ uoluntatis, 6

Anchar.

Anchar.in c.1.de sepultur.lib.6.in 4.notabili, sed vltima volumus non deber pendere ex alieno arbitrio, & ideo talis voluntas improbatur.l. illa institutio, & l. captatorias.ff. de hæredit.instituend. & l.captatorias.C. de testam. milit. igitur facultas eligendi sepulturam non potest poni in liberam alterius uoluntatem.

Respondeo duobus modis.

Primo, quod electio sepulturæ est pars vltimæ uoluntatis quo ad hoc, ut eius libertas tolli non possit, & ideo cum liberum sit eligere sepulturam.cap.1. de sepultur.lib.6.nec uoto,nec iuramento, nec pacto quis alligari potest, ut eligat in aliqua ecclesia sepulturã d.c.1.& hinc est,quod testandi facultas non regulatur secundum potestatem eligendi sepulturam, nam pater potest facere testamentum impuberi.c.si pater,in fine,extr.de testament.& tamen non potest sibi eligere sepulturam.c.licet, de sepultur.lib.6.Item filiusfamilias non potest testari.l.qui in potestate,& l. filiusfamilias.ff. de testam. & tamen potest sibi eligere sepulturam d.c.licet, & sic non licet arguere a testamentis, & ultima uoluntate ad commissionem electionis sepulturæ,& econtra.

Secundo respondeo, quod hæc non dicitur captatoria uoluntas, quia in hoc casu declaratio sepulturæ committitur, & non, an debeat sepelliri,nam tu scis, quod in institutionibus captatoria uoluntas dicitur, quando substantialia institutionis conferuntur in uoluntate alterius.d.l. illa institutio, secus si dispositio institutionis, non conferatur in voluntatem alterius, sed solum declaratio, quia tunc valet d. §. cum quidam.l.cum filiusfamilias.§.pater.ff.de leg.2.& l.fideicommissaria.§.fin.ff.de fideicommiss.libertat.notat Bald. in d.l. captatorias.C. de testament. milit.in fine, & in d.l. illa institutio, colum. fin. vers. vltimo quæro, & tradit Alexan. in consl.175.volum.6.idem tenent Alexan. & Dec.num.12.in d.l.captatorias. Idem arguẽdo est in casu nostro, nam non committitur substantia sepulturæ, & sic an debeat sepelliri in voluntatem alterius,sed committitur declaratio, in quo loco sepelliri debeat, & ideo tenet, & maxime est vera conclusio, quia sepultura eligi debet in aliqua ecclesia huius ciuitatis, vnde est hæc mulier committens,nam tu scis, quod electio, quando fieri debet de certo genere personarum, valet,quia quando commissa est electio incertæ personæ de certis,tenet, d.§.cum quidã, & hinc est quod Bart.in d.l.captatorias,concludit valere testamentum, in quo testator instituit pauperes, & electionem commisit alicui religioso, quia substantia institutionis non confertur in voluntatem alterius, sed declaratio personarum,& in tali casu debent eligi pauperes de domicilio testatoris.l. si quis ad declinandam vbi Bart.C.de episcop. & cleric. notat Federic.in consl.282. factum tale est circa finem, idem est in proposito nostro, nam sepultura eligi debet in vna ecclesia Ciuitatis Aquilæ,& sic declaratio electionis sepulturę commissa fuit,id est incertæ ecclesiæ de certis existentibus intus ciuitatem Aquilæ,& ideo valet talis commissio electionis,cum teneat argumentum de persona ad locum, & cum hæc mulier debuisset omnino sepeliri, siue electio fieret, siue nõ, ideo voluntas mulieris non poterat reddi elusoria, & captatoria circa sepulturam faciendam, qua de re non dicitur committere electionem sepulturæ, esse captatoria voluntatem.

7 Secundo,& vltimo monebatur,quod illud quod non est transmissibile ad hæredes, neque potest alio modo in alium transferri.l. ex pluribus.ff.de administret.tutor.& est verissima propositio, cum facilis sit transmissio in hæredes, quam in alium, uidemus enim,multa transferri posse in hæredes,quę in alium transferri prohibentur,l.si stipulor, vbi Doctores.ff.de verbor.obligat.& per cõsequens denegato faciliori, multo magis videtur denegatum,quod est difficilius,& facultas eligendi sepulturam nõ est transmissibilis ad hæredes, ergo neque potest in alium transferri.

Hoc argumentum iudicio meo nihil concludit, nam textus in d.l. ex pluribus, vult, quod illud, quod non est transmissibile ab hæredes nõ potest cedi,modo sic.Aut vult, quod ius sepulturę seu electionis sepulturæ, non possit ad hæredes transmitti, & ideo quod cedi non possit per commissarium, & tunc habemus intentum,quia committi potest,prout est in dicta lege,vbi priuilegium, quod datur ibi pupillo contra vnum tutorẽ ex pluribus, non datur eius hæredi, & ideo cessio in tutorem fieri non potest,ex quo sequitur quod commissio electionis sepulturæ per commissarium non transfertur in hęredem,& ideo cedi non potest, sed quod cõmitti electio non possit,non sequitur ex illo textu, immo arguendo a dicto illius textus, sequitur,quod committi possit,prout priuilegium datur pupillo. Aut vult quod ius sepulturæ cedi non possit per eum,cui electio sepulturæ commissa fuit,prout ibi in eo textu,vbi actiones per pupillum dicto tutori cõtra alios tutores cedi non possunt,& tunc dico, quod non facit ad casum, quia nos non quærimus, an ius electionis sepulturæ transferatur in hæredes, siue an sit cessibile, & ideo de primo ad vltimam voluat vnde se vult aduocatus, quod huiusmodi argumentum non facit ad rem.

Ex prædictis apparet,quod opinio Ancharani,Lapi Abbatis, & Geminiani est verissima, & ab ea in iudicando non est discedendum, & maxime cum non reperiatur Doctor,qui huic opinioni contradicat.

Et

Et si denuo dicatur, quod licet verax sit opinio Geminiani, Ancharani, & Lapi Abbatis, tamen procedit, quando commissarius elegit sepulturam viuente committente infirmo, & non si electio fiat post mortem committentis per commissarium, quia commissio morte committentis videtur expirasse c.dudum, 18. quæst. 2. & c. gratum, de offic. delegat. & quia licet ipse committens decesserit, commissione iam facta, non tamen decessit facta electione, & ideo acquisitum fuit ius ecclesiæ, vbi debebat sepelliri non electa sepultura, & hanc opinionem propter ante dictas rationes tenet Lapus Abbas in capitulo is qui, in §. mulier, de sepultur. libro sexto.

Hæc opinio non est tenenda, nam contrariam opinionem tenent Geminianus in d. §. mulier, & Ancharanus in cons. 240. qui mouetur hac ratione.

8 Mandatum, cuius effectus necessario refertur post mortem mandantis, non expirat morte committentis l. si uero non remunerandi. §. fin. ff. mandat. & per dictam legem ita concludunt Lapus in allegat. 91. casus talis est, ante nu. 6. Corn. in cons. 86. post num. 11. vol. 4. Felin. in c. relatum, in §. fallent. & ibi quoque Dec. colum. 1. vers. non ommitto, extr. de offic. de legat. Roman. in consilio 202. Dec. & Ias. in l. eius, qui in prouincia, in §. placebat, nu. 8. ff. si cert. petat. Dec. in cons. 441. num. 8. & est communis conclusio, Socin. in cons. 60. num. 10. & in cons. 87. num. 1. volum. 1. Sed in casu nostro effectus mandati confertur post mortem mandantis, quia sepultura refertur necessario ad tempus post mortem, ut dicit glossa in l. mandatum, in fine. C. mandat. igitur non expirat mandatum morte mandantis.

Huic rationi conatur partis aduocatus respondere dicendo, quod ad hoc ut duret mādatum post mortem necessario debet adesse hæres, qui in re mandata representet personam defuncti, cum alias impossibile sit, quod quis dici possit mandatarius, nisi adsit persona uera uel representata, cuius mandatum exequi possit, ita secundum eum dicit Dec. in c. relatum, num. 3. extr. de offic. de legat. ubi in num. 4. ex hoc infert, quod licet testator expresse præcipiat, quod mandatum duret post mortem, tamen si nullus adsit heres, tale præceptum nihil operatur, modo ad propositum dicit aduocatus, quatenus attinet ad facultatem eligendi sepulturam, nihil transfertur in hæredē, adeo, quod heres uniuersalis defuncto testatore, sine illius electione, nunquam poterit eligere, cum hæc facultas non sit ius hæreditarium, sed personale, ergo perinde est ac si quo ad hanc facultatem decedat sine hærede, & per consequens mandatum de eligendo sepulturam morte extinquitur, non enim post mortem substineri potest ex persona defuncti, quia morte omnia tolluntur, neque ex persona hæredis, quia in hoc non repræsentat personam defuncti, cum ista facultas eligendi sepulturam ad ipsum non transferatur.

Huic responsioni datur facilis replicatio duos considerando casus.

Primus est, quando mandatum respicit bona, & transit ad hæredem.

Secundus est, quando respicit personam defuncti, & non transit ad hæredem.

9 In primo casu, mandatum, quando expresse dictum est, quod duret etiam post mortem, transit ad hæredem, & ideo necesse est, quod ille, qui mandauit, decedat cum hærede, alias secus est, ut notat Angel. in quæstione, Astensis miles, per tex. in l. 1. secundum unam lecturam. C. de action. & obligat. & ibi refert, quod ita de facto uidit iudicari Florentiæ, quem sequuntur Roman. & Alex. in l. fundi uenditor. ff. de acquirend. possess. Soccin. in cons. 87. & in cons. 60. & Dec. in d. c. relatum, ubi etiam dicit, quod huiusmodi mandatum per heredem reuocari potest. d. l. fundi uenditor. §. item si amicus. hæc igitur conclusio huius primi casus in quo loquitur Decius, procedit, quando quæritur, an mandatum, quod durat post mortem, de expressa testatoris uoluntate, transeat ad hæredem, & dicit, quod transit, dummodo testator decedat cum hærede, qui repræsentet in negocijs, & in bonis hæreditarijs defuncti personam, & Ratio est, quia non sunt negocia defuncti, cuius morte, omnia soluuntur. §. deinceps, Auth. de nuptijs, nec etiam dicuntur negocia hæreditatis, quando hæreditas non est iacens, sed uacās, ut quia nemo uelit esse hæres, & ideo cum nemo sit, qui personam defuncti repræsentet, impossibile est, quod quis sit procurator, cum procurator dicatur ille, qui aliena negocia mandato Domini, administrat. l. 1. ff. de procurat. & hic non est casus noster, & quando esset, mulier ista decessit cum hæredibus.

10 In secundo casu, quando mandatum respicit personam defuncti, & non est ad hæredes transitorium, tunc mandatum quando confertur post mortem mandantis, ipsius morte non extinquitur, & sic in hoc casu non quæritur, an mandatum transeat ad hæredes, in quo casu loquitur Decius in d. c. relatum, sed quæritur solum, an morte mandantis extinquatur, & quando mandatum non est ad hæredes transitorium, in quo casu, quando confertur post mortem, mandatum non extinquitur, nec est necesse adesse hæredem, qui represente personam defuncti, cum non respiciat bona, sed personam ipsius defuncti, ut est tradere sepulturę defuncti corpus facta electione, & in hoc casu in specie loquitur notabiliter glosa in d. l. mandatum. C. mandati, & ibi particulariter Paulus de Castro, ubi dicit, quod quando man-

mandatum, & effectus mandati conferuntur post mortem mandantis, ut de funere facien do, & tunc mandatum non finitur morte mandātis, immo tunc incipit habere robur, ut in l. si uero non remunerandi. §. fin. ff. mandat. & sic est in casu nostro, quia non solum mandatum, sed etiam effectus mandati confertur post morte mandantis, ex quo mandatum est, quod eius uir eligat sepulturam, quod intelligitur ea mortua, cum corpus non sit tradendum sepulturæ, nisi sit mortuum, & eius effectus etiam est post mortem, id est traditio ad sepulturam, merito morte mandantis non extinquitur, & in hoc casu non refert, quod defunctus habeat hæredem nec ne, cum hic actus eligendi ecclesiam pro sepultura defuncti, non concernat actum, qui necessarius sit, quod nomine hæredis fiat, & quod propterea persona defuncti repræsentetur, cum absque hærede fieri possit. d. §. fin. & l. si quis sepulcrum, §. funus. ff. de religios. & sumpt. funer. & si necessarius sit hæres, prout non est, in casu nostro plures sunt hæredes.

Ex his nota, quod aliud est quærere, an mandatum, quando per testatorem dictum fuit, quod duret post mortem, transeat ad hæredem, aliud est quærere, an mandatum duret post mortem in casu non transitorio ad hæredem, nam primo casu oportet mandantem decedere cum hærede. In secundo vero casu, quando mandatum non respicit bona, sed personam mandantis, vt est funus facere, construere emolumentum, & sepulturā eligere, tunc ex quo isti actus non sunt hæreditarii, & absque hærede perfici possūt, ideo licet ad hæredem non transeant, non propterea sequitur, quod mandatum morte mandantis extinguatur, ut est in simili, quando instituti sunt pauperes Christi, & electio committitur alicui religioso, nam electio fit post mortem testatoris, & facultas eligendi non potest transire ad hæredes, cum non sit ius hæreditarium, & tamen mandatum illud eligendi, non extinguitur morte mandātis Bart. in d. l. captatoris.

Ex his patet uerissimam esse opinionem Anchatani & Geminiani, & ab ea in iudicando non esse discedendum.

Nec obstant adducta primo loco in contrarium, quia primo mandatum morte mandantis non extinguitur, ut late sup. dictū fuit.

Nec obstat quod sit quæsitum per mortem ius parochiali Ecclesiæ, quia negatur, cum testatrix voluerit in ecclesia sancti Bernardini sepelliri, tam ex uoluntate sua, quam ex uiri electione, ergo non potest dicere, ius sibi acquisitum, quia perinde est ac si ipsa elegisset, l. qui per alium, ff. de reg. iur.

Tertio, & ultimo probatur hæc conclusio idest, quod dicta mulier debebat in ipsa ecclesia sancti Bernardini sepeliri, hac alia consideratione.

11 Mulier sepelliri debet in sepulchro mariti. c. is qui. §. mulier, de sepultur. li. 6. sed quando decessit uiuente uiro non electa sepultura, tunc aut adest consuetudo, & illi est standum, si non adest, & tunc aut maritus præparauit sibi sepulchrum, & sic uir elexerit sepulturam pro se ipso, & tunc vxor in eo sepulchro est sepelienda, sed quando non præparauit, seu uir non elexerit sepulturam, quia est compos mentis, vel est absens, vel non vult declarare, tunc vxor sepellienda est in sepulchro maiorum ipsius vxoris, ita tenet Abbas in d. c. de vxore, post num. 5. in uers. sed hic ca dit pulcherrima quæstio, extr. de sepultur. sed in casu nostro mulier ista decessit viuente viro, & in hac ciuitate non adest consuetudo vbi succedente hoc casu, mulier sepelliri debeat, & vir præparauit pro se ipso sepulchrum in ecclesia sancti Bernardini, & in ipsa Ecclesia est sepulchrum maiorum dictę mulieris, igitur nulli dubium est, quod ibi debebat sepelliri, pro ut sepulta fuit.

Nec obstant adducta per partem contrariam.

Primo dum dicit adesse consuetudinem in hac Ciuitate, quod vxor sepellitur in sepulchro viri, etiam si mulier prædecedat; quia negatur hanc consuetudinem adesse, & qui se in ea fundat, probare debet, cum sit fundamentum suę intentionis, l. 2. ff. de probatio. nam consuetudo probari debet, tanquam consistens in facto, immo plenè probari debet Bartol. in repet. l. 2. q 27. C. quæ sit longa consuetud. Aymon Crauetta in consil. 325. num. 1. Bald in l. si cum dotem. in princ ff. solut. matrimon. & Vannut. de Camerin. in cō sil. 31. nu. 7. impresso in. 1. uolu. consil. magn. impress. consil. crimin.

Secundo dicit Abbatem loqui, quando præparatio sepulturæ per virum facta fuit antequam uxor moreretur, & non post mortem, cum eo tempore ius acquisitum sit parrochiali Ecclesiæ, & ideo auferri non potest, c. ab eo, de elect. lib. 6.

Resp. Abbatem loqui indistinctè, nā siue declarauerit ante mortem mulieris, siue postea, non refert, cum hoc dependet ab eius animo, an ante mortem, vel post mortem præparauerit sepulchrum, & in hoc statur eius iuramento, glos. in §. aliæ, Instit. de actio. & glos. in c. significasti. i. in vers. si est ita, de hom. & in clem. 1. ad finem, in verbo, commode, de pen. & in c. vt circa, & ibi Geminianus, de elect. lib. 6. & in c. accedens, in glo. 1. & ibi ad hoc notat Abb. de crimin. fals. vnde cum declarauerit ante mortem mulieris præparasse animi destinatione sepulchrū in ipsa ecclesia sancti Bernardini, dicendum est in eo sepulchro debere eius vxorem sepelliri, cum medio iuramento, id declarauerit, immo, & si post mortem quis declaret, sufficit, quia ratio, quare mulier sepelliri debeat in sepulchro viri, quando maritus destinauit in

aliqua

aliqua Ecclesia sepelliri est, quia animi destinatione uidetur maritus ibi sepultus, hæc ratio procedit, siue ante mortem vxoris, siue postea sepulturam elexerit, & ideo eadem ratio in vtroque casu adesse debet arg. l. illud. ff. ad leg. aquil. & sic non est in consideratione ius Ecclesiæ parochialis, cum uxor debeat sepelliri in sepulchro viri, etiã si viuat vir, sed destinatione alibi elexerit sepulturam, cum ibi habeatur pro sepulto.

Non est igitur discedendum in iudicando ab hac opinione, quando scilicet uir destinauit alibi sepelliri, & non in Ecclesia parochiali, nam tunc mulier ibi ubi uir sepeliri destinauit, est sepelienda, quam vltra Abbatem tenent etiam Lapus Abbas, & Geminianus in cap. is qui. §. mulier, de sepultur. lib. 6.

12 Contra hanc Abbatis, Lapi Abbatis, & Geminiani opinionem insurgis partis Aduocatus.

Primo dicit & arguit sic. nam ratio supradictæ determinationis Abbatis, & aliorum fundata est ad euitandum absurdum, ne mulier reperiatur sepulta inter alienos, & præparatio facta à viro non tollit hoc absurdum, quia uoluntas uiri est ambulatoria, & semper vsque ad mortem potest variare electionem, ut in c. i. ubi Anchar. de sepultur. lib. 6. & potest etiam effici religiosus, uel etiam decedere in locis remotis, ita vt non sepeliatur in sepulchro præparato, ergo cum huiusmodi præparatio non sit sufficiens ad euitandum absurdum, neque importabit necessitatem, vt ibi mulier debeat sepeliri in præiudicium parochialis Ecclesiæ.

Hæc ratio nihil obstat, tum quia dum durat destinatio a viro facta ea est obseruanda, & quælibet propositio intelligitur rebus sic stantibus. l. quod seruius. ff. de condit. caus. dat. caus. non secut. tum quia mutatio voluntatis non præsumitur. l. sancimus. C. de testamen. tum quia non sunt in consideratione ea, quæ a futuro euentu dependent Bartol. in l. 1. ff. de in lit. iurand. in l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de verbor. obligat. & ibi Alexand. in l. si quis domum. §. primo. ff. locat.

13 Secundo arguit dicens, quod attinet ad sepulturam, iura non distinguunt inter eam coniunctionem, quę est inter cõsanguineos, & eam, quæ est inter coniuges, ita ut non magis uelint uxorem non debere sepeliri inter extraneos, quam alios consanguineos, ut colligitur ex. c. 1. de sepultur. & ex. c. 2. 13. q. 2. at inter consanguineos pater nullo modo potest eligere sepulturam filio, neque ex pręparatione proprij sepulchri, sed cessante electione propria, sepelitur in loco, a iure determinato. c. licet pater, de sepultur. li. 6. ergo idem dicendum est de marito respectu vxoris.

Huic rationi facilis datur responsio, quia non licet arguere de patre erga filium, & de viro erga vxorem circa sepulturam, cum diuersum ius sit a iure canonico determinatum, vt apparet ex dicto capitulo de uxore. §. 1. & ex. d. c. is qui §. mulier, præterea dicere, quod filius non sit sepeliendus vbi pater destinauit sepeliri, non probatur in d. c. licet pater, immo cum filius debeat sepeliri in sepulchro patris non facta electione sepulturæ Philipp. Franc. & Gemin. in c. is qui, de sepultur. lib. 6. ubi dicit, quod sicut mulier sepeliri debet cum vltimo viro, ita filiusfamilias cum patre, dicendum est sepeliri debere etiam vbi pater animi destinatione elexit sepulturam, cum ibi habeatur pro sepulto, nã tunc non est ex eo, quia elegit sepulturam filio, sed quia ipse pro se ipso sepulturam elexit, & ideo perinde est, ac si fuisset ibi pater sepultus, sed si ibi fuisset sepultus, filius etiam ibi sepeliri deberet, igitur etiam debet sepeliri vbi pater pro se ipso sepulturam destinauit.

14 Tertio, & ultimo arguit ita non est adeo attendenda talis coniunctio, quin magis debeat attendi domicilium, nam mulier, quæ plures habuit uiros, cum quibus parem habuit coniunctionem, debet sepeliri cum vltimo, eo, quod eius teneat domicilium d. c. is qui. §. fin. at ratione domicilij ecclesia parochialis habet suum ius fundatum, ergo Domicilium debet magis attendi, quam coniunctio, nõ poterit sepeliri extra parochiam, & nulli dubium est magis debere attendi domicilium, quam coniunctionem, nam alias non posset dari ratio, cur magis cum ultimo uiro, quam cum primo debeat sepeliri, ex quo cum omnibus fuit æqualis coniunctio.

Hæc vltima ratio similiter non obstat, nec facit ad rem, quia aut vult ex hoc argumento, dicere, quod cum vir sit de ecclesia parochiali sanctæ Mariæ de Paganica, propterea de eadem parochia sit eius vxor, dico esse verum viuente viro, & vxore, sed non ea mortua viuente uiro, cum mulier propter eius mortem soluta sit a lege viri, hoc enim est, quod disputamus, & quatenus sit, intelligitur ibi esse sepelliendam dummodo uir non elexerit pro se ipso sepulturam, nam tunc eum ibi pro sepulto habeatur, non mirum si vxor ibi sepelliri debet. Aut vult dicere, quod vxor est de domicilio viri, domicilium viri est Ciuitas hæc Aquilana, de quo domicilio est etiam uxor mortua, & si vult arguere de domicilio ad sepulturam, & ecclesiam parochialem, id est, quod vti est de domicilio viri, ita etiam est de parochia mortua vxore viuente viro, negamus consequentiam, cum de hoc disputetur, & quatenus teneat consequentia, dicimus fortasse posse valere argumentum, dummodo vir se pulturam pro se ipso non elexerit.

Ex prædictis apparet veriorem esse opinionem Abbatis, Lapis Abbati, & Geminiani, & in iudicando non esse ab ea discedendum-

Rendum, & ita teneo, & consulo, & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

Et sic fuit decisum in curia Episcopali.

SVMMARIVM.

1 *Pro sepultura nihil exigi potest.*
2 *Allegans consuetudinem eam probare debet, tanquam quid facti.*
3 *Consuetudo an valeat, si probetur, quod aliquid detur pro sepultura. Et ad hoc, vt valeat huiusmodi consuetud. quæ requiratur, nu. 4 5. 6. 7.*
8 *Consuetudo quod aliquid detur pro sepultura reuocari potest a populo.*

Consilium LVII.

1 DVbitatur an Archipresbyter a laicis possit aliquid petere pro sepultura, seu pro eius officio, in hoc dubio de iure communi clara est conclusio, quod pro sepultura aliquid exigi non potest. c. abolendæ, de sepultur. c. non satis, & cap. cum in ecclesiæ, extr. de Simon.

Sed dubium est, an valeat consuetudo, quod quid certum exigi possit a curato pro sepultura, seu pro officio sepulturæ.

Pro resolutione huius dubii tria sunt uidenda.

Primo, an sit consuetudo probanda.

Secundo, si probetur, an valeat.

Tertio, & ultimo, an a populo reuocari possit.

2 In primo dubio, verá est conclusio, quod, qui in consuetudine se fundat, eam probare debet, tanquam consistens in facto, & plene probare debet, Bart. in repetit. l. 2. quæst. 27. C. quę sit longa consuetudo, & Aymon Crauett. in consi. 325. nu. 1.

3 In secundo dubio plures sunt opiniones.

Prima est, quod aut viget statutum, quod aliquid soluatur, & tale statutum non ualet, quia habet principium præcisum, & necessitatiuum. Aut viget consuetudo, & talis consuetudo post traditum sepulturæ corpus est obseruanda, quia habet principium voluntarium, ita tenet Abbas in c. cum. M. Ferrar. de constitut. idem tenent glos. & Abb. in d. cap. abolendæ, & ad hoc Abbas adducit tex. in c. ad apostolicam, de Simon.

Hic textus non obstat, quia loquitur de laudabili consuetudine, vnde non potest intelligi de consuetudine, quod detur temporale pro spirituali, quia illam non est laudabilis, vnde potest intelligi de consuetudine, qua populus cōsueuit omni anno facere elemosinam alicui pio loco, ista enim consuetudo est laudabilis, & valet secundum Bartol. in l. priuilegia. C. de sacrosanct. eccles. & Felin. in c. ecclesia. S. Mariæ, col. 38. extr. de constitut. nam quod ille textus non intelligatur de cōsuetudine dandi temporale pro spirituali, volunt Innoc. & Cardin. ibi.

Secunda est opinio superiori contraria, & sic quod consuetudo soluendi aliquid pro sepultura seu pro officio sepulturæ non teneat, etiam si solutio fiat postquam corpus traditum fuit sepulturæ, quam tenent Gemin. in d. c. cum. M., Ferrariensis Hostiens. Cardin. & Anton. de Butr. in d. c. Abolendæ, Iasi. in l. de quibus, num. 76. ff. de legib. Corn. in consi. 296. volum. 4. Paul. de Castro in consilio 361. in prima parte, Ripa in tract. de peste, in tit. de remed. præseruat. cōtra pestem, num. 109. cum seqq. vbi dicit hanc opinionem ueriorem, Petrus Rebuff. super concor. sub rubr. de public. concubi § quia vero, glossa vnica in fine, & Mat. Mant. in consilio 293. de consuetudine per totum.

Hæc secunda opinio est uerior, quia huiusmodi consuetudo damnatur in dicto cap. abolendæ, & in cap. cum in ecclesiæ tuæ, de Simon. & quod huiusmodi consuetudo non ualeat, probatur in cap. ex multis. 1. quæstion. tertia, & facit ratio, quia aut quis dedit coactus, & sic est Simoniacum, & contra ius naturale, & ideo præscribi non potuit, & per consequens non est ualida consuetum capit. final. de consuetud. Aut dedit sponte, & ideo non cogitur in futurum, arg. l. si certis annis. Cod. de pactis.

Constat enim, quod pro funeralibus, aliquid exigi per ecclesiam uel clericos, est species Simoniæ, & a iure prohibitum, quia Simonia est prohibita cap. cum in ecclesiæ, & cap. non satis, & cap. suam, de Simon. & dicto capit. abolendæ, nec iuuat aliqua uetusta consuetudo. dicto capit. non satis, dicto capit. cum in ecclesiæ, & canon. quæstu. 13. quæstion. secunda, quanto enim mala consuetudo magis protenditur, tanto magis est detestanda, nam diuturnitas temporis peccatum auget, & non minuit. c. cum tanto, in princ. de consuetud. & dicto cap. cum in ecclesiæ, adeo, quod peccatum ueniale consuetudine redditur mortale 35. distinct. §. criminis, & per glos. in can. denique, 4. distinct. & sic per dicta iura uidetur aperte decidi, quod talis consuetudo debet appellari corruptela, & nullatenus excusat huiusmodi consuetudo exigendi similia funeralia, etiam si consuetudo probaretur longa vel longissima.

Cum hæc igitur opinio sit uerior, ideo tertia est opinio distinguens hoc modo, nam aut petitur, quod obseruetur consuetudo dandi aliquid temporale pro funeralibus seu sepultura, & male petitur, aut petitur, quod seruetur consuetudo dandi certum quid pro quolibet mortuo, & tū quia ista est laudabilis consuetudo, ideo bene petitur, ita tenēt Hostiens. Car. & D. Ant.

de Butr. in d. c. abolende, & ab hac opinione ibi non dissentit Abb. quam sequitur etiam Corn. in cons. 296. vol. 4.

4 Sed quæritur in hoc secundo dubio, quando scilicet adesset consuetudo dandi certum quid pro quolibet mortuo, ad hoc, vt huiusmodi consuetudo valeat, quæ requirantur; & pro resolutione dicas, quod primo requiritur, quod huiusmodi consuetudo habeat principium voluntarium, hoc est, quod primo tale quid liberaliter soluerint, ita quod non sit iniuste ab eis ex actum, nam ex mera liberalitate, & deuotione populi consuetudo talis debet esse introducta, sic tenent Abbas in c. suam nobis, extr. de Simon. & in d. c. ad Apostolicam, Corn. in cons. 296. vol. 4. Paulus de Castro in cons. 361. in prima parte, & Dec. in consil. 215. & ideo si præcessit ex actio, & ex actio præcedens dedit causam consuetudini, tunc talis consuetudo non ualet, quia habuit initium vitiosum. Abb. in d. cap. suam nobis, Paulus de Castro, Corneus, & Decius in supra allegatis consilus. Sed in casu nostro non potest constare de principio voluntario introducto ex liberalitate, & ex simplici fidelium deuotione, sed tantum de exactione, & ita etiā in dubio præsumitur, quia in dubio præsumitur inducta causa auaritiæ, vel cupiditatis, vt notat Bellamera in consil. 31. incip. quod mulier, igitur non valet.

5 Secundo requiritur, quod actus ab eo fiant eo animo, & illa intentione, ut consuetudo inducatur, vt notatur per glossam in c. consuetudo 1. dist. & in c. frustra 8. dist. & notat Abb. in c. fin. de consuetud. in uers. septimo requiritur.

6 Tertio requiritur, quod testes deponant de actuum visu, cuius consuetudo allegatur, & quod deponant de actuum frequentia, & de temporis diuturnitate, & tales actus factos fuisse ita, & taliter, quod appareat interuenisse tacitum consensum populi, uel maioris partis, vt magistraliter Cynus tradit in l. 2. uers. sed quid deponant testes. C. quæ sit longa consuetudo, & notat Bald. in l. de quibus, in uers. postremo qualiter consuetudo probetur. ff. de legib. & sequitur Alex. in cōs. 45. in cons. 131. & in cons. 136. vol. 2.

7 Quarto requiritur, quod illud, quod soluitur sit certum arbitrio parrochianorum taxatum, non enim taxari debet per sacerdotem, quia illud speciem manifestam exprimit cupiditatis, & Simoniæ, vt patet in cap. dilectus, il 2. in fine, de Simon. & notatur per Hostiensem in d. c. non satis, super uer. requiratur, tradit etiam Paulus de Castro in dicto cons. 361. in vers. quarto requiritur.

Ex prædictis constat consuetudinem soluendi aliquid pro sepultura, & officio sepulturæ non valere, & hanc opinionem veriorem esse in iure, & communem, cum habeat Doctores maiores numero, & authoritate, vnde cum in casu nostro præsupponatur adesse consuetudinem soluendi aliquid pro sepultura, & eius officio, sequitur, quod non ualet etiam si sit longa, & longissima.

Constat etiam quanta requisita necessaria sint ad introducendam consuetudinem, quando aliquid pro corpore mortuo soluitur, quæ non sunt in casu nostro, nec præsumuntur, cum consistant in facto, & ea, quæ facti sunt, non præsumuntur l. in bello. §. facta. ff. de captiu. & postlim reuers.

In tertio, & vltimo dubio concludendum est consuetudinem a populo reuocari posse, sic in terminis huius quæsiti tenet Paul. de Castro in d. cons. 361. in uers. quinto uidetur requiri, vbi dicit, quod requiritur, quod totus populus, vel maior pars persistat in seruando dictam laudabilem consuetudinem, nam tunc poterunt cogi singulares non seruantes, sed si totus populus, uel maior pars vellet dictam consuetudinem immutare, tunc non esset seruanda, quia non magis ligat eos consuetudo, quam statutum, sed statutum non ligat eos, nisi quatenus durat; nam si volunt, possunt illud tollere, quia non possunt sibi legem imponere a qua recedere non liceat, ut l. si quis, in princ. ff. de leg. 3. & tunc non ligabit eos amplius iuxta notata per Ioan. Andr. in capitulo primo, de his, quæ fiunt a maior. part. capitul. & de reg. iur. in c. 1. in mercurial.

Certum est, quod consuetudo inducta ex tacito consensu populi, potest per contrariam consuetudinem inductam similiter ex tacito consensu populi reuocari capitulo primo, de constitut. libro 6. & §. sed naturalia, Institut. de iure natural. gent. & ciuil. nihil enim est tam naturale, quam unumquodque tolli eo modo, quo inductum est, ut l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur. & l. prout. ff. de solut.

Item omnis res per quascumque causas nascitur, per easdem dissoluitur cap. 1. de regul. iur. in antiquis, & cap. omnis res, quęstion. 11.

Si igitur per contrariam consuetudinem inductam ex tacito consensu populi reuocatur prima consuetudo, multo magis reuocari potest per expressum populi consensum, & sic per statutum, ut tradunt Doctores in l. more. ff. de iurisd. omn. iud.

Et si dicatur, quod si prima consuetudo erat præscripta, non tollitur per aliam consuetudinem non præscriptam, glos. & ibi Dec. & Cagnol. in l. nemo. §. temporales. ff. de reg. iur. & ideo cum in casu nostro præsupponatur consuetudinem esse præscriptam, non possumus dicere potuisse tolli per tacitum, seu expressum populi consensum, cum taciti, & expressi eadem sit uirtus. l. cum quid. ff. de rebus credit. si certum petat.

Respondetur, quod dicta maior propositio non procedit, quando illi inter quos in-

inducta fuit consuetudo, collegialiter, & scienter facerent actum contra consuetudinem, quia tunc in illo actu videtur, & dicitur consuetudini derogatum, vt notat Abbas in c.pro illorum, in vltimo notabili, in fine, de prebendis, si igitur possunt in illo actu consuetudinem reuocare, possunt etiam in totum, & per totum reuocare, eum idem iuris sit de parte quoad partem, quod de toto, quo ad totum, l.quæ de tota, ff. de rei uendicat. & ita in specie vltra Paulum de Castro tenent Imol.& Dec.colum.fin.in c.eum accessissent, extr.de constitut.& Abb.in d.cap. pro illorum, in vlt. notab. in fine, vbi ait, quod quando actus fit collegialiter contra consuetudinem, ita tollitur statutum, sicut consuetudo, nam statutum, & consuetudo a pari procedunt vt notatur in l. de quibus. ff.de.ll.& ideo sicut tollitur statutum, ita,& consuetudo. Cum igitur in populo omnes collegialiter reuocauerint dictam consuetudinem, certum est, eam amplius locum non habere.

Ex antedictis igitur constat consuetudinem non ualere, requisita ad consuetudinē introducendam non probari,& consuetudinem, si quę aderat, fuisse reuocatam,& ideo non attendendam,& ita iuris esse eenseo,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque. V. I. D.

Et sic in Curia episcopali fuit determinatū.

SVMMARIVM.

1 *In diuisione bonorum paternorum inter fratres facienda an dos per vxorem vni ex fratribus data sit deducenda, & num. 2. 3.*

2 *Dos data socero, & eo mortuo, marito debet dos assignari pro partibus cohæredum.*

4 *Dos apposita in communis debet detrahi de communi patrimonio, & nu. 5.*

6 *Libris mercatorum an credatur, & nu. 7.*

8 *Pecunia magnæ quantitatis, erogata in beneficium fratris restituenda est fratri illam impendenti.*

9 *Donatio non præsumitur, neque inter fratres. nu. 10.*

11 *Frater an alteri fratri rationem administrationis reddere teneatur.*

12 *Administrator quilibet tenetur actus sui rationem diligenter conficere, eamque illi, cuius interest, reddere.*

Consilium LVIII.

1 EX facti narratione plura dubia oriuntur. Primum est, an in diuisione bonorum paternorum inter fratres facienda, sit dos per vxorem vni ex fratribus data, deducēda. Pro resolutione huius dubii duo sunt facienda casus.

Primus est circa scuta tria millia mediante publico instrumento data, & consignata quondam Hectorri Mottino auo paterno Joannis Baptistæ, & Laurentii Mottini.

Secundus est circa residuum dotis.

2 In primo casu resolutio est, ipsa scuta tria millia absque difficultate de bonis communibus ipsis fratribus relictis per dictum Hettorem auum paternum, sub cuius potestate ipsi fratres existebant, deducenda fore,& ratio est, quia dos data socero, & eo mortuo, marito debet dos assignari pro partibus cohæredum, ita probatur in l. si maritus. ff. famil. hercis cund. & ibi Bart. Bald. & Paul. de Castro, idem Paulus de Castro in l. si filia. §. hoc amplius. ff. eod. tit. Cynus, Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, Salycetus, & alii Doctores communiter in l. 2. & per hāc legem. C.famil. herciscund.& Bald.in consil. 57. incip. pater, vol. 3.

3 In secundo casu præsupponitur in facto residuum dotis in communem vtilitatem versum fuisse, hocque probari per partitas Banchi Altuiti, & ideo cum hic casus tria contineat pro eius resolutione tres faciendæ sunt conclusiones.

4 Prima est, si probetur residuum dotis in communem vtilitatem versum fuisse, & tunc certum, & indubitatum est dotis residuum de bonis communibus deducendum esse, cum sit conclusio, quod dos apposita in communi debet detrahi de communi patrimonio. l. si filia. § hoc amplius. ff. famil. herciscund. l. actione § si vnus. ff. pro socio, & in dictis locis ita tradunt Doctores communiter, eandem conclusionem sequuntur Bald. in l. si patruus. C. commun. vtriusque iudic. Socin. in cons. 213. colum. 4. vers. 2. ratio est, & colum. pen. vers. & vltima conclusio, vol. 2. Paris. in cons. 100. nu. 21. vol. 2. Speculat in tit. de iudic. §. sequitur, uers. quod communione, Cepolla in consilio quarto, & in consilio 41. in fine, & Decian. in cons. 30. numer. 15. volum. 1. Petrus de Vbaldis in tractat. de duobus fratribus, in nona parte, numer. 3. & Marcus Antonius Natta in cons 496. num, 8. volum. 3.

5 Secunda conclusio est, si dotis residuum peruenit ad manus dicti Hectorris, & in hac resolutio est, hæredes ipsius pro hæreditatum portionibus obligatos esse ad restitutionem huius residui dotis, siue in communi patrimonio, siue non versum dictum residuum fuerit, vt supra dictum fuit, & probatur in l. si maritus, in l. si filia. §. hoc amplius. ff. famil. hereisc. & in l. secunda. C. eod. tit. tradit etiam Bartol. in l. si cum dotem. §. transgrediamur. ff. solut. matrim. & ibi Alex. & alii Doctores.

Tertia, & ultima conclusio est, an residuum dotis peruenisse ad manus dicti Hectoris probetur per partitas Banchi de Altoitis, & sic an credatur dictis libris ipsorum mercatorum pro tertio contra tertium. In hac conclusione uarii uaria dicunt, verum in casu isto pro resolutione dicendum est:

6 Quod aut est consuetudo Romæ, quod libris mercatorum credatur, & tunc ea attẽdenda est, Bald. & Salycet. in l. exemplo. C. de probat. Dec. in c. 1. nu. 29. ext. de probat. Couarruu. in tractatu practicarum quæstionum cap. 22. nu. 8. in fine, vers. quandoque, stracca in tract. de mercatura, p. 2. nu 69. & in titulo, quomodo procedendum sit in caus. mercat. nu. 31 vbi dicit valere consuetudinem, quod stetur libris mercatorum, & stante hac consuetudine creditur libris mercatorum non solum in paruis summis, sed etiam in magnis, cum etenim eorum fides sit approbata a publico, non est distinguendum de magnis, vel paruis summis Ias. in l. admonendi, num. 19 ff. de iureiur. & Iacob. Menoch. in tract. de arbitr. iudic. in casu 111. nu. 117. qui quidem libri probant etiam in fauorem absentis, Alex. in cons. 245. nu. 4 vol. 6.

Aut non adest dicta consuetudo, & tunc aut isti Mercatores de Altoitis erant a publico approbati, & tunc eorum libris credendũ est, Bursattus post alios in cons. 105. num. 26. lib. 1. Crauett. in trac. de antiquitate tempor. §. 4. 1. parte, nu. 62. & Riminald. iun. in cons. 39. nu. 1. lib. 1.

Aut non erant a publico approbati, & tũc si possunt aliquæ partitæ verificari probat liber istorum mercatorum, Thiber. Decian. post alios, in responso 62. num. 32. lib. 1. uel si persona, quæ scripsit sit nobilis, idem Decia. in responso 66. lib. 3. vel si isti mercatores de Altoitis erant præexcellentes, & hoc articuletur, & probetur, vtique libris eorum erit plenè credendum se mota omni consuetudine, Ripa in d. l. admonendi nu. 123. Socin. sen. in cons. 161. num. 3 & 187. numero decimosexto libro secundo. Menoch. in consilio trigesimonono, numero decimoquarto, lib. 1. Cephal. in consilio 374 numero tertio, & numero quadragesimonono, volumine tertio.

Aut si non erant a publico approbati, & tempore quo erexerunt banchum iurauerunt, & tunc facient semiplenam probationem, Ias. in d. l. admonendi, numero 134. & est communis opinio, vt dicit Dec. in capitulo secundo, numero vigesimotertio, extr. de fide instrument. & si sunt scripturæ duorum mercatorum faciunt plenam probationem Bald. in cap. quoniam contra, columna octaua, de probat. quod dictum pro notabili refert, & sequitur Dec. in capitulo secundo, ext. de fide instrument. quod procedit etiam quando reperiuntur plures libri simul iuncti in quibus continetur de eadem re, nam fortius probant Socin. in cons. 295. columna 2. circa finem, uers. præterea dicti omnes libri, volumine 2.

Aut non a principio iurauerunt, & tunc libri ipsi facient aliquam præsumptionem, quæ si suppleatur ex aliquibus adminiculis, facient plenã probationem, Doctores omnes in dicta l. admonendi, & adminicula sunt ea, quæ ponit Guido Papæ, in quæstion. 441. id est, quod probetur legalitas mercatoris, quod scripserit manu sua, quod ueritatem scribere consueuerit, quod scripserit causam, quod mercator in libro scripserit aliquid contra se, & quod ex verisimilibus circunstantiis præsumi possit esse verum, quod per eum scriptum est, vt pote habito respectu ad tempus debiti contracti, ac solutionis factæ, & ad personas contrahentes, & ad locum contractus, circa, quæ videndus est etiam Aymon Crauetta in tract. de antiquit. tempor. in 1. p. in §. vidimus, & abunde, nu. 19. cum seqq.

Si igitur in casu nostro concurrunt istæ qualitates, prout credo concurrere, nulli dubium est dictos libros plenam facere probationem.

7 Stantibus prædictis considerationibus, dico, quod si adest consuetudo, quod libris mercatorum credatur, & tunc est indubitata conclusio.

Si vero non adest, & fuerunt dicti mercatores a publico approbati, & tunc similiter uera est conclusio, eorum libris esse credendum si vero a publico non erant approbati, sed erant nobiles, & præexcellentes mercatores, ac etiam aliquæ partitę in eorum libris scriptæ reperiuntur, & probantur uere, & tũc libri ipsorum facient plenam probationem. Si uero iurauerunt in principio, quo erexerunt banchum, & tunc cum adminiculis de quibus supra eorum libri facient plenam probationem, sine adminiculis semiplenam facient probationem.

Si uero non iurauerunt cum adminiculis plene libri probabunt, absque adminiculis facient solum præsumptionem. Modo dico, quod siue plene, siue semiplene, siue minus semiplene probabunt, in materia solutionis dotis, in qua nos loquimur plene probabunt.

Ratio est, quia solutio dotis probatur per inditia, & coniecturas Bal. in l. cum citra, per illum tex C. de iure dot. & Boer. in decis. 333. sub nu. 7.

Hinc est, quod verba enunciatiua fauore dotis inducunt probationem l. 2. C. de dot. promiss. Bartol. in consilio 123. Factum sic se habet Titius, & Seius, & Ludouic. Roman. in sing. 534. incip. verba enunciatiua.

Hinc etiam est probari per præsumptiones, & coniecturas dotem fuisse in communi immissam, Socin. sen. in consilio ducentesimo decimotertio, sub num. 9. in vers. Secunda ratio est, uolumine secundo, & Paris. in consilio centesimo, numero decimonono, uol. 2.

8 Secundum principale dubium est, quod ex facti narratione elicitur, an pecunia erogata tã magnæ quãtitatis in emptionẽ officii in be-

beneficium fratris per fratrem sit eidem impendenti restituendum, stante, quod pecunia erogata fuit de patrimonio fratri repetentis, & quod deinde ipse frater, in cuius beneficium emptum fuit officium, illud uendiderit, & in suos usus pretium conuertit.

In hoc igitur dubio resolutio est pecuniā ipsam fore Ioanni Baptistæ restituendam ab eius fratre.

9 Ratio est, quia donatio in dubio non præsumitur. l. cum de indebito, §. final. ff. de donat. l. eleganter. §. qui reprobos. ff. de pignorat. action. l. si cum aurum. ff. de solut. l. campanus. ff. de oper. liber. l. cum aquiliana. ff. de transact. Hieron. Gabr. in cons. 112. numer. 5. Bero. in cons. 62. num. 9. lib. 1. Simon de Pretis in cons. 65. num. 46. Tiber. Decian. in responso 79. nu. 37. lib. 2. & Rolandus a Valle in cons. 10. num. 13. lib. 1.

10 Hæc conclusio procedit etiam inter fratres, nam ex sola ipsa fraternitate donatio non præsumitur, vt probatur in l. ex duobus fratribus, & in l. pen. ff. de negoc. gest. & in l. si negocium. C. eod. tit. si enim frater pro fratre aliquid soluit, non præsumitur facere animo donandi, sed repetendi, ita ex d. l. si negocium docuit Alex. in l. si filius, in fine. C. de negoc. gest. & in consil. 99. lib. 2. idem dixerunt Dec. in cons. 21. num. 7. in fine, in cons. 442. num. 36. & in cons. 628. num. 78. Ruin. in cons. 161. numer. 11. uolum. 3. & in cons. 100. nu. 4. & in cons. 145. num. 9. uolum. 4. & Cravetta in cons. 86. num. 2. Vnde cum Donatio facta non præsumatur, concludendum est animo repetendi fecisse, quod de suo expendidit in emptionem dicti officii.

11 Tertium, & vltimum propositum dubium est, an frater alteri fratri, & econuerso rationem administrationis reddere teneatur.

In hoc dubio resolutio est fratrem fratri vicissim, & altrinsecus rationem reddere obligatum esse, ita in specie tenent Roman. in consilio 414 Socin in consilio 213. numero primo, volumine secundo, Rolaudus a Valle in consilio quadragesimonono, num. vndecimo, uolumine primo, Socin. in consil. 37. volum. 1. Ruyn. in cons. 29. numer. 11. & 12. Aymon Crauett. in consilio 159. numero sexto.

12 Ratio est, quia quilibet administrator tenetur actus sui rationem diligenter conficere, eamque illi, cuius interest reddere. l. prima, §. officio. ff. de tutel. & ration. distrahed. qui textus licet loquatur in turore, extenditur tamen ad quemlibet administratorem, Roman. in consilio 168. in consilio 350. & in consilio 414. Socin. in consilio septuagesimotertio, lib. primo, & in consilio quadragesimo, & in consilio 92. uolumine quarto, Abb. in consilio 12. in 6. dubio, libro primo, Ias. in l. si hæres, post num. 4. ff. de condit. ob caus. Dec. in dd. cons. 150. 178. 255. & in cons. 533. Gratus in responso 135. num. 28. lib. 1. & in responso. 140. lib. secundo, & Gerard. de per. san. sing. 83. executor, in princ.

Et ut supra dictum fuit iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *In rebus ad quotidianum victum necessarijs precium potest taxari. Secus in alijs rebus, vel mercibus, ad quotidianum non necessarijs, in quibus non potest precium taxari quia vnusquisque in re sua moderator est, & arbiter. nu. 2.*

3 *Taxare iustum pretium uictualibus ad quos spectet.*

Consilium LIX.

Qværitur an Ciuitas Aquilæ super victualibus assisiam imponere possit, & per consequens iustum pretium taxare.

Pro resolutione huius quæsiti uidendum est primo, an in rebus ad quotidianum uictū necessariis prerium taxari possit.

1 In hoc dubio uera resolutio est posse pretium taxari, ita in specie tenet Bald. in l. prima, C. de episcopal. audienr. ubi dicit, quod quidam dicunt, quod quando res est uenalis, & exposita uenditioni, tunc precium potest taxari, ut in d. l. 1. Aut res non est uenalis, & tunc non potest cogi quis ad uendendum vt, C. de action. & obligat. l. sicut, cum similibus, probantur ista in l. vnica, in fine, ff. fur. aduers. nau. & in l. vltima. §. item episcopi. ff. de muner. & honor. Quidam vero secūdum Baldum dicunt, quod aut loquimur utrum quis compellatur vendere, & regulariter nō compellitur vendere, sed est in arbitrio eius cui vel nulli, aut loquimur utrum pretium possit taxari, & tunc refert, aut loquimur in rebus necessariis ad quotidianum uictum, tunc potest pretium taxari ut in d. l. 1. in d. §. item episcopi, & in l. 1. §. cura carnis. ff. de offi.

2 præfect. urb. Aut loquimur de aliis rebus, vel mercibus non necessariis ad quotidianū uictum, tunc in talibus non potest taxari pretium, quia unusquisque in re sua moderator est. & arbiter ut in l. in re mandata. C. mandat. sic intelligitur. l. imperatores, ff. ad leg. Iul. de anno, & Baldus ibi dicit, quod sic tenebat Petrus, idem ultra Petrum, & Baldum tenent glos. in dicto §. item Episcopi, in uerbo, uenalibus, Paul. de Castro in dicta l. prima, C. de Episcopal. aud. & ibi Cynus, Guil. de Cun. & Alber. in dicto §. cura carnis, Abb. in capit. primo, numero quarto, & 6. extr. de emption. & uendit. ubi dicit hanc opinionem esse ueriorem, & communiorem, & late alios allegans Couarruuias in tractatu uariarum resolut.

resolut.in lib.3.in cap.14.vbi refert hanc opinionem esse communem, & sic in iudicando ab hac veriore,& communi,& communiori opinione non est recedendum fauore publicæ vtilitatis.

Secundo videndum est ad quem spectet apponere pretium iustum, & sic assisiam victualibus.

3 In hoc secundo dubio olim de iure feudi spectabat ad comitem, vt habetur in cap. 1. in §.post natale, de pace tenenda. In vsibus feudorum. De iure Romano spectabat ad præfectum vrbis.l.1.§.cura Carnis.ff.de offi. præfect.vrb.spectabat etiam ad episcopum. l.1.C.de episcopal.audient.& c.1.extr.de emption.& vendit. de iure uero Regni spectat ad magistros Camerarios, quod intelligitur in annonis, quæ renouantur de anno in annum, ita habetur in constitut. incip. magistros Camerarios,hodie uero spectat ad vniuersitates etiam iurisdictionem non habentes, & quod spectet ad Ciuitates imponere assisiam, & sic iustum precium uictualibus tenent infrascripti Doctores id est Andreas de Isern. in principio constitutionum Regni,Matthæus de Afflictis in commentariis super constitutionibus Regni, in 3.quæst. Andreas de Isernia, & Afflictus in d. c. post natale,Bart.in l.fin.ff.ad leg.Iul. de Annona, Boerius in decis. 69. num.21. & Couarruu. in d.c.14.col.8. in uers.huius autem publicæ pietatis,in fine.

Et in specie,quod spectet ponere assisiam ad hanc Ciuitatem Aquilæ vna cum grascieriis,patet ex infrascriptis.

Primo uirtute capituli seu ordinationis hectoris Iesualdi Regii consiliarii confirmati per Illustrissimum,& Eccellentissimũ Dominum Donnum Petrum de Tolledo huius regni tunc temporis proregem, ac etiam per alios proteges, quod capitulum est infrascripti tenoris.

Item che li grassieri de detta Città, quali hanno da imponere l'assisa sopra le robbe commestibili,non possano,ne debbiano imponere detta assisa senza parere, & uoto del cammerlengho, & signori, che assistono alla Camera, quali giuntamente con detti grassieri habbiano da mettere detta assisa, & chi farra il contrario pagarra la pena de once una, per qual si uoglia uolta lo farra, d'applicarsi detta, pena per la terza parte al Capitanio, & per le due altre parte a detti monasterii de S. Lucia, & Eucharistia ut supra.

Secundo uirtute antiquissimæ.& immemorabilis consuetudinis,& possessionis huius Ciuitatis, quæ semper in fine quatuor mensium fecit per tantum tempus,cuius in contrarium non exiat hominum memoria, & facit grasserios, qui fecerunt, & faciunt assisiam in rebus commestibilibus,quæ consuetudo est attendenda glos.in cap.1.extr.de emption.& vendit.Boer.decision.69.& Couarruu. in dicto cap. 14. in d. uersicu. huius autem.

Et per hanc antiquissimam,& immemorabilem possessionem, præscriptionem, & consuetudinem, præsumitur hanc Ciuitatem a retro præteritis Regibus priuilegium habuisse faciendi grasserios pro imponendo assisiam seu pretium iustum rebus commestibilibus, & aliis rebus necessariis pro quotidiano victu, cum uera sit conclusio, quod possessio,præscriptio,seu consuetudo immemorabilis habet uim priuilegii.c. super quibusdam.§.præterea,de uerbor. significat. & ibi glossa, & hostiensis, tradit multos allegans Antonius Gabrielii in suis communibus conclusionibus, in lib.5. in titu. de præscript.conclus.1.ubi in nu. 3. dicit procedere etiam in reseruatis principis.

Ex his patet rebus commestibilibus,& rebus pro quotidiano victu necessarijs pretium iustum esse generaliter imponendum, tam in rebus,in quib. solitum est imponi, quam in rebus, in quibus solitum non est imponi, cum de iure omnibus rebus ad quotidianum victum necessariis pretium iustum sit taxandum, patet etiam assisiam, & consequenter pretium iustum dictis reb.pro quotidiano uictu necessariis apponere, spectare ad Ciuitates, & in casu nostro ad Ciuitatem Aquilæ vna cum grasseriis.

Et ita iuris esse censeo,& consulo.

Ego Alexander Trentacinque.
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Legatum, seu fideicommissum etiam conditione ex coniecturis, & ex præsumpta testatoris voluntate transmittitur ad hæredes, decedente honorato pendente conditione. Et nu.2.3.4.5.6. Contra num.7.13.14.15.16.17.*

8 *Legatũ relictum alicuius,quoad vixerit, qui decedat sine filijs, an videatur vltra eius vitam durare, & nu.9.10.11.12.*

Consilium LX.

STantibus verbis prædicti testamenti, successit casus, quod post mortem testatoris mortuus fuit Antonius hæres a prædicto testatore institutus existẽte Magdalena legataria. Quæritur modo,an ad prædicta bona relicta Magdalenæ post ipsius mortem succedant hæredes Antonij, an vero hæredes Magdalenæ,casu quo sine filiis decedat.

In hoc casu prima facie videtur dicẽdum hæredes Antonij succedere debere, quod probatur hac ratione.

1 Legatum, seu fideicommissum etiam con-

cōditionale ex coniecturis, & ex præsumpta testatoris voluntate transmittitur ad hæredes, honorato decedente, conditione pendē te, Bald. in l. vnica, columna vltima. C. de his, qui ante apert. tabul. in uers. tu dic, & in l. vnica, columna prima, in 1. not. C. ut action. ab hæred. Curt. sen. in cons. 76. Ias. in cons. 233. volum. 2. Curt. iun. in cons. 16. Dec. in consil. 397. nu. 5. Paris. in cons. 51, uolum. 3. Gratus in cons. 101. uolum. 2. Marian. Socin. iun. in cons. 141. num. 21. volum. 2. Ruin. in consilio 28. volum. 2. & Socin. in l. hæredes mei. §. cū ita, & ibi Ripa. ff. ad trebell. Sed in casu nostro ex coniecturis, & sic ex præsumpta testatoris uoluntate elicitur, quod ad legatum factum Antonio post mortem Magdalenę sine liberis, uoluit, ut etiam eius hæredes succedant, igitur hoc legatum Magdalenæ factum licet conditionale post eius mortem transmittitur ad hæredes Antonii, licet conditione pendente decesserit.

Quod ex coniecturis elicitur in præsenti casu tacita, seu præsumpta testatoris uoluntas probatur ex infrascriptis.

Primo, quia testator in legato Magdalenę eius uxori relicto plures apposuit ea uerba, in uita tantum, & non aliter nec alio modo, ex quibus uerbis, antedicto modo, geminatis, constare uidetur de enixa testatoris uolū tate, l. balista. ff. ad Trebell. & Bart. in l. cum scimus. C. de agricol. & censit. idest, quod uoluerit etiam hæredes Antonii substituti uocare, ne ad uxoris hæredes legatum perueniret l. quamuis, ubi Bal. & alii. C. de fideicommiss. & l. 2. de iurisd. omn. iud.

3 Secundo, quia testator hæredem institutum uocauit non solum nomine proprio, sed etiam sanguinis, cum eum appellauerit, nepotem, & sic successorem ab intestato, ex quo testator filios non habebat, auth. de fundo, C. ad Tertull. & auth. cessante. C. de legit. hæred. quasi motus fuerit testator pro conseruatione agnationis iuxta l. 1. §. denunciare. ff. de uentre inspiciend. qua agnationis ratione subsistente transmissio fieri potuit per hæredem ad eius filium, & hæredem, licet conditione pendente decessetit, Paris. in cons. 5. num. 13. cum seqq. & num. 17. & 18. uolum. 3. cum aliis allegatis per Antonium Gabrielu in suis communibus conclusionibus in lib. 4. in tit. de hæred. insti tuend. concl. 2. num. 23. quæ ratio etiam non expressa, spectanda uidetur. ubi colligi potest testatorem ob eam fuisse motum, Hieronymus Gabriel, ubi multa tradit in cons. 97. column. antepen.

4 Tertio probatur, quia alias sequeretur absurdum, quod hæredes Magdalenæ extranei præferretentur filio, & hæredi quondam Antonii hæredis instituti, cui post mortem Magdalenæ legatum erat restituendum, & sic pronepoti, & propinquiori testatoris, sed hoc dicere est absurdum, & contra præsumptam. & testatoris uoluntatem, ex quo conclusio est inter Doctores, quod fiat transmissio etiam dispositionis conditionalis mortuo honorato pendente conditione, quando si non transmitteretur, extraneus præferretur descendentibus testatoris, uel ipsius con iunctis proximioribus, prout in nepotibus fratris considerat Socin. in l. hæredes mei. §. cum ita colum. 5. uers. ex cuius dictis infero. ff. ad Trebell. & in cons. 6. colum. 3. uersic. ex qua conclusione infero, volum. 3. Cur. iun. in cons. 16. colum. 3. Paris. in cons. 77. colum. 4. vers. 2. principaliter, volum. 2. Ruin. in cons. 178. uolum. 2. Ias. in cons. 154. volumine 3. & Hieronymus Gabriel in cons. 95. num 4. & in cons. 96 num. 40. igitur ne sequatur huiusmodi absurdum in casu nostro videtur concludendum ius istius legati conditionalis transmissum fuisse ad filium, & hæredem Antonij, licet pendente decesserit.

5 Quarto probatur ex doctrina Bartoli in l. Titia § fin. post princ. in uers. quæro, quid si tempore. ff. de leg. 2. ubi testatrix Gaio marito nonnulla legata, quoad viueret, legauerat & tandem dicitur ibi, quod petitio legatorum post mortem viri competit filiæ institutæ, quę erat hæres matris, licet de ea nihil dictum fuisset, & addit Bart. quem alii communiter sequuntur, quod non solum filia, sed etiam eius prædefunctæ hæredes admittuntur ad legati petitionem, licet de filiis nihil esset dictum, quæ omnia uelut de mente testatoris collecta ex fine temporis

Secundum Bartolum supplent, quod testatrix ipsa ibi omisisse uidebatur, & sic testator secundum Bartolum uidetur uoluisse, quod reuertatur ad hæredem suum, non habito respectu ad personam, sed magis ad ius hæreditarium. l. ita liber, in fin. ff. de stat. lib. & l. in annalibus C. de legat. si enim non admitteretur hæres hæredis testatoris, ius morte uxoris testatoris non esset finitum contra testatoris uoluntatem, & cum Bartol. in dicta l. Titia. §. final. tenet Baldus ibi, ubi ait esse transmissionem impropriam, seu magis consolidationem, sequuntur Castrens. Alex & Ias. in l. fin. C. de legat. Alex. in consi. 73. colum. 1. uolum. 5. Socin. iun. in cons. 54. nume. 2. uolum. 3. & Ripa in d. § cum ita, num. 67 & 69.

6 Quinto, & ultimo probatur, semper fit transmissio, quotiescunque verisimile est testatorem ita uoluisse, ut etiam pendente conditione, fieret transmissio, & ita disposuisse, si de hoc interrogatus fuisset, Ias. in consil. 233. col. 1. uersic. unde quando, uolum. 2. Brun. in cons. 8. colum. 1. versic. unde quando, Paris. in cons. 77. num. 22. uers. quæ confirmantur, uolum. 2. & Gratus in 2. uolum. responsorū, in responso. 101. num. 8. uers. pręterea nulla, sed in casu nostro si testator interogatus fuisset, quid uoluisset, si Antonius prędecessit, & deinde Madalena eius uxor sine filiis mor-

mortua fuisset, relicto dicto legato eius secũdo uiro, an uoluisset, ut succederet in dicto legato secundus uir penitus extraneus, ân ne ro filius Antonii eius pronepos, vtrique uerisimiliter dixisset debere in casu isto succedere filium Antonij eius pronepotem, igitur ex præsumpta, tacita & verisimili mente testatoris fuit facta transmissio.

His tamen non obstantibus in contrarium se habet veritas, & sic quod in hoc legato effecto caduco, ex quo Antonius prædecessit, succedere debent hæredes Magdalenę, seu il le, cui ipsa dictum legatum donauit, quod probatur ratione, & authoritate.

Ratione probatur.

7 Relictum in ultima uoluntate sub conditione, siue sit institutio uniuersalis, siue sit legatum, uel fideicommissum non transmitti tur ad hęredes, si honoratus, pendente conditione, decesserit. l. unica. §. sin autem sub conditione. C. de caduc. tollend. & latè Antonius Gabrielij in suis communibus conclusionibus in lib. 4. in titu. de hæred. instituend. conclus. 2. nume. 1. & 2. & per totum; sed in casu nostro legatum factum Magdalenæ per testatorem, fuit conditionale, si decesserit sine filijs tam ex dicto testatore primo uiro, quã ex secundo, casu quo post eius mortem ad secundas conuolauerit nuptias, ut uidere est ex testamento, & Antonius honoratus post mortem Magdalenæ sine filiis, prædecessit, igitur dictum legatum effectum caducum, Antonius non transmisit ad eius filium, & propterea in ipso legato succedere non potest.

8 Et si dicatur, quod legatum relictum fuit vxori quousque vixerit, casu quo decesserit sine filiis, ideo non videtur vltra eius vitam durare, sed hoc casu testator uoluit, quod post mortem eius legatum perueniat ad eius hæredem, & ideo habebit locum etiam in hærede hæredis, ut habetur per Barr. in d. §. titia, in vers. quære, quid si tempore, vbi dicit, quod si testator reliquit fundum titio, quoad uiuerer, quo casu uidetur testator uel le, quod post mortem legatarij perueniat ad hæredem, ut in d. §. titia, habebit hoc locum etiam in hærede hæredis, & ideo si primus hæres decesserit ante mortem legatarij, tamen perueniret legatum mortuo legatario ad hæredem dicti primi hæredis defuncti, uiuente legatario, & idem tenet ibi Baldus, qui dicit, quod hæres hæredis habebit non uirtute transmissionis, sed vigore temporalitatis inserte primo legato, quod tempore finitur per l. fin. C. de legat. & dicit passum esse notandum, & cum Bartolo etiam transit Raphael Cuman. in d. l. titia. §. fi. qui dicit quod pro Bartolo bene facit tex. in l. codicillis, in prin. ff. de annuis legatis.

Respondetur pluribus modis.

9 Primo secundum Paulum de Castro in l. fin. C. de legat. qui dicit, quod aut legatum relictum fuit ad tempus, puta lego tibi quousque vixeris, tunc eo mortuo finitur, & est perinde ac si non fuisset factum pro vlteriori tempore & tunc procedit dicta Bartoli determinatio. Aut reliquit simpliciter, postea grauat legatarium, quod post eius mortem restituat hæredi, & tunc secus est. §. pomponius cum sua glossa, quia tunc non est legatum temporale, sed perpetuum de sui natura, & si tempore mortis legatarij, primus hæres reperitur mortuus, remanet penes hæredem legatarij grauati, & dicit esse menti tenendum, & quod ab aliquo non est ita declaratum, & idem dicit ipse in d. l. titia. §. fina. in lectura Paduana; & in l. si ante. ff. ad leg. Falcid. sed in quæstione nostra nos sumus in secundo casu, ex quo testator simpliciter eius uxori reliquit, & deinde eam grauauit, quod post eium mortem restitueret hæredi, ut uidere est ex lectura testamẽti, igitur legatum reputatur perpetuum, & non temporale, & propterea cum hęres reperiatur mortuus tẽpore mortis legatarii, remanebit penes hæredem eius vxoris legatariæ grauatæ.

10 Secundo respondetur secundum Ripam in l. hæredes mei. §. cum ita, num. 68. ff. ad trebell. qui dicit, quod in text. in l. in causæ 2. §. pomponius. ff. de minor. illud determinatur, quia legatarius non fuit absolute grauatus post mortem suam, sed si decederet sine liberis, & sic sub conditione, merito dicitur legatum conditionale, & non ad tempus, vnde deficiente conditione remanet perpetuum, secus uidetur quãdo absolute legatarius grauatur restituere rem post mortẽ suam, quia testator uidetur uoluisse, quod restituatur illi, qui tempore mortis erit hæres. l. in annalibus. C. de legat. stante hac doctrina, nos in quæstione sumus in primo, & non in secundo casu, quia uxor legataria absolute nõ fuit grauata restituere rem post mortem suam, sed sub conditione si sine liberis decesserit, igitur legatum deficiente conditione dicitur perpetuum, & non temporale, & propterea iuxta dictum §. pomponius, prædecedente hærede, legatum post mortem legatariæ remanebit penes eius hæredem, & ideo non obstat doctrina Bartoli; quia loquitur in secundo & non in primo casu, in quo ut apparet ex uerbis testamenti, nos loquimur.

11 Tertio secundum Alexandrum in cons. 173. quod doctrina Bartoli procedit, quando testator non dixit ad quos ueller peruenire, & non procedit, quando dixit ad quos uolebat peruenire, puta ad infrascriptum hæredem, nam tunc non procedit Bartoli doctrina, & legatum nõ transmittitur ad hæredem hæredis, sed in eo succedit hæres legatarij, & ita ante Alexandrum tenuit Io. de Imola in l. si quis filium. § fin. ff. de acquirend. hæred. ubi dicit, quod si testator reliquit filiæ treceeta pro dote, & uoluit, quod si decederet antequam nuberet, deuenire t ad hæredes suos

infra-

infrascriptos,& postea essent in illo testamen to instituti aliqui liberi testatoris, & illi decesserunt ante mortem filiæ,deficiet fideicō missum, dato, quod dicti liberi instituti decessissent superstitibus descendentibus eorū hæredibus, mouetur per notata per Bartolū, in l.qui liberos.§ hæc uerba, ff.de uulg.& pu pill. substitut. & dicit se ita consuluisse apud Fauentiam,& ita etiam, quod dicta dispositio testatoris relata ad hæredes debeat intelligi de hæredibus nominatis tantum & non de hæredibus hæredum uoluit Oldrad.in cō sil.21. incip.Thema tale est sed in quæstione proposita nos loquimur in secūdo casu, quia testator declarauit ad quem post mortem Magdalenæ uolebat legatum peruenire, id est ad prædictum hæredem, ut apparet ex uerbis testamenti,dum dicit,che succeda, & debba succedere lo predetto Antonio nepote & hærede di me predetto testatore, igitur non est dubium, quod ex quo ante mortem Magdalenæ decessit Antonius, quod legatum deuenire debet ad hæredes Magdalenæ,& non ad hæredes Antonij, confirmatur hæc responsio ex uerbis testatoris,dum dicit che succeda, & debba succedere il predetto Antonionepote& herede di me predetto testatore, licet enim appellatione hæredis, ueniant etiam hæredes hæredum. l. in annalib. C.de legat.l.hæredes,& l.sciendum,ff.de uerbor.significat.& l.fin.C.de hæred.instituend. tamen fallit primo quando dicit testator, quod succedant hæredes infrascripti, ut supra dictum fuit,Item fallit quando de hærede testatoris facta est mentio in substitutione,quia tunc non uenit hæres hæredis,sed solum primus hæres,ad quem testator affectionem habuisse uidetur,ita probatur in dict. §. hæc uerba, quæ ratio cessat in d. l. in annalibus, quia ibi testator retulit dispositionem suam ad titium,& hæredes titij,unde non est motus ad nominandum hæredes titij propter affectionem, quam ad primum habebat,seu primos hæredes titij, quia ignorabatur quis futurus hæres esset titij, & ita declarat Bald.in l.fin.in 4.opposit. C. de hæred.instituend. unde cum in quæstione nostra dictum sit per testatorem, quod debeat post mortem Magdalenæ succedere prædictus Antonius hæres institutus, & sic etiam in substitutione facta sit mentio de substituto, sequitur, quod appellatione hæredis uenit tantum primus hæres, & non hæres hæredes.

Et si dicatur, quod dicta Magdalena erat sola usufructuaria, & per consequens per mortem eius finitur usufructus, & reddit ad proprietatem,apud quemcunque sit proprietas iuxta.§.finitur,Institut. de usufruct.l. 4.§.ne tamen,& l.titio cum moreretur.ff.de usufruct.

Respondetur,quod dicta Magdalena non fuit relicta sola usufructuaria, sed etiam proprietaria, ut apparet ex illis uerbis ne sia & esser debba patrona,& usufructuaria.

12 Authoritate probatur, nam in casu quęstionis nostræ ita tenent Paulus de Castro, & Alex.in l.fin.C.de legat.Bald.in l.in causæ 2.§.pomponius.ff.de mino. Ioannes de Imola in l.si quis filium.§.fin.ff.de acquirend.hæredit.Oldrad.in cons.417.Corn.in l fin. C.de legat.Guid.pap.in cons.114 & in cons.216 in fine,Ias.in l.cum filiofamilias,nu.4 & nume. 24.ff.de leg.1.& in cons.29.uolum.3. Anton. Rub in consi.23.& addens ad Dec.in d.consil.417.

His ueris sic stantibus non obstant in contrarium adducta.

13 Non obstat primum fundamentum,quia intelligitur,si tempore mortis Magdalenæ, existat in rerum natura ille, cuius contemplatione,illam priuare voluit,quo non existēte, tanquam priuationis causa cessante, priuatio quoque cessauit. l.adigere.§.quamuis. ff.de iure patronat. & c. cum cessante, de appelatio.

14 Non obstat secundum fundamentum, quia illud non concludit nisi respectu nepotis, cuius fauore motus fuit testator, nec est verum,quod propterea habuerit respectum ad agnationem conseruandam, ex quo vltra nomen proprium uocauit eum nepotem, hoc enim est quoddam vaticinium,& quatenus habuerit hoc in mente, fuit tantum respectu nepotis, alioquin fieret extensio de persona nepotis ad eius filios, quæ extensio de persona ad personam ad ampliandum odiosum fideicommissum, facienda non est, Aret in l gallus,in § & quid si tantum, col.4. uersic.2. adde ad quartum. ff. de liber.& posthum.Dec.in cons.211. num.5. in cons.218. num.9.in cons.291.col.pen.in consil.377. nu. 2.in cons.394.465.nume.16.& in consil.697. num.13.& in l.illam,num 11.C.de Collat.& tanto magis est hoc uerum,quando,(vt in casu nostro) uerborum sensus nullo modo extensionem patitur,Crauett.in cons.98.num. 13.& sic semper potest dici, hoc casu non loquitur substitutio, quando non est expressa Oldrad.in cons.21 & Riminald.iun. in cons. 6.nu.12.& 14 & quod non habuerit respectu ad agnationem,patet ex eo, quia si Magdalena habuerit filios ex secundo matrimonio contrahendo, uult relictum remanere penes Magdalenam & eius filios,qui respectu testatoris sunt penitus extranei.

15 Non obstat tertium fundamentum, quia non est absurdum, quod non admittantur non uocari ad fideicommissum, & sic fideicommissum amplietur, immo absurdum esset si amplia-retur, cum fideicommissum sit odiosum.l.cohæredi. §. cum filiæ ff de uulg. & pupill. Paul.de Castro, Ias.& cæteri in l. ex tribus.C.de inoffic.testamen. & odia sint restringenda,& non amplianda. c odia,de reg. iur.in 6. & in l.cum quidam. ff. de liber. & posthum.

posthum. & si testator magis dilexit uxorem, quam nepotem, non est mirum, si etiã magis dilexerit uxoris hæredes, quam nepotis filium iuxta glossam in l. cum acutissimi, in uersi. uitam suam. C. de fideicommiss. Salyce. in l. quoties, prima, uers. sed cum prohibuit, eod. tit. Roman. in l. si cui. ff. de donat. caus. mort. Tiraquell. in l. si unquam, in uers. donatione largitus, num. 240. C. de reuocan. donat. Roman. in consi. 370. Alex. in consi. 5. uolum. 3. & in consi. 38. uol. 6 Corn. in consi. 230. uol. 3. Paul. de Castro in consi. 14. uolum. 1. Riminald. senior in consi. 28. nu. 14. Soc. in consi. 182. uolum. 2 & in consi. 6. uolum. 3. Ias. in consi. 141. uol. 2. Dec. in consi. 568. Ruin. in consi. 131. nu. 4. lib. 3. & Hieron. Gabr. in consi. 96. numero 25. 37. & in consi. 97. nume 2. 14.

Non obstat Socin. in d. §. cum ita, num. 12 in uersi. ex quibus primo infero, quia dupliciter respondetur.

Primo, quia contra ipsum tenent Gozzadin. in consi. 29. col. pen. uersi. nec obstant cõtraria, & colum. 4. uers. 6 etiam, Ruin. in consil. 181. col. 3. uers. sed dato, uolum. 2. Socin. in consi. 74. in prin. in uersi. tum etiam quia, uolum. 3. Corn. in consi. 89. col. 1. in fine, uersic. tamen non obstantibus prædictis, uolum. 4. & Dec. in consi. 55. colum. pen. uers. non ommitto tamen.

Secundo respondetur, quod Socinus loquitur, quando apparet de uoluntate testatoris, ut in casu suo, ut ibi dicit Socinus, quod non est in casu nostro.

16 Non obstat quartum fundamentum, quia doctrinæ Bartoli supra pluribus modis fuit responsum, & ad hoc ut melius intelligatur de mente addentis ad Decium in consi. 417. dicas, quod aut testator dixit, redeat ad hæredes meos, & tunc legatum nõ est caducum, quia hæres hæredis est hæres, & hic non est casus noster. Aut dixit ad hæredem institutum, puta titium, qui est casus. d. §. pomponius, & caducum est, quia aperte uoluit testator ipsum quidem institutum, non autem alium præferre hæredibus extranei nepotis, & hic est casus noster; Aut dixit simpliciter ad hæredem in singulari non referendo ad scriptum, & tunc uerisimilis mens attendi debet, & ideo si hæres erat filius, qui præmortuus reliquit nepotem, non est caducum, & ideo multo magis, si dixerit, redeat ad filios meos, & illi relinquant nepotes, vel pronepotes, quia ueniunt appellatione filiorum, si uero hæres erat extraneus, & tunc est caducũ, quia qualitas contemplata in extraneo instituto, scilicet merita, & affectio, non sunt in eius hærede. secus ergo si iussit redire ad hæredem extraneum sub contemplatione qualitatis, quæ repetitur in hærede hæredis, stante hoc apparet euidenter in casu nostro legatum effectum fuisse caducum, tum quia testator uoluit legatum redire ad hæredem suprascriptum, tum etiam, quia non filius, sed extraneus substitutus fuit, in quibus casibus doctrina Bartoli non habet locum.

17 Non obstat etiam quintum & ultimum fundamentum, quia illud procedit, quando adsunt inditia & coniecturæ, quod idem sensisset de nepotibus, seu pronepotibus, & sic non sufficit hoc, quod sint nepotes, seu pronepotes ex fratre & talis coniectura debet colligi ex eo, quod sit expressum in testamento, & non sufficit illa coniectura, quod si cogitasset, idem statuisset, vt habetur in l. tale pactum. §. fin. ff. de pact. quia tunc dicitur casus omnino ommissus, & habetur pro omisso. l. commodissime. ff. de liber. & posthum. sic declarat Bald. in d. l. unica, colum. fina. C. de his, qui ante apert. tabul. & eum sequuntur Dec. in consi. 55. colum. pen. in vers. non omitto, Ruin. in consi. 181. sub num. 6. uol. 2. Hieron. Gabriel in consi. 95. num. 4 & in consi. 96. num. 40. & Ioannes Cæphalus in consi. 472. num. 106. uolum. 4. & ratio est, quia voluntas testatoris non attenditur nisi transierit ad dispositionem. l. cum quidam, ubi Bal. Imol. & alij. ff. de hæred. instituend. sic etiam respondet Aret. in l. gallus, §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. & maxime est uera hæc conclusio, quando agitur de extensione personarum, quæ non fit etiam ad euitandum absurdum, nisi casus ommissus saltim improprie includatur sub expresso Rui. in consi. 15. ad finem, uolum. 3. post Alexandrum, in l. 3. ad finem, C. de liber. præterit. sed in casu nostro nulla adsunt inditia, quòd testator si cogitasset de pronepote, idem statuisset, nec hæc coniectura colligitur ex expressis in testamento, & sumus in extensione personarum, idest de nepote ad pronepotem, igitur casus iste ommissus habetur pro ommisso, & dicta coniectura propterea in casu nostro non attenditur.

Ex prædictis appatet legatum effectum fuisse caducum, & ideo pertinere ad hæredes Magdalenæ, & ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Contractus censualis an valeat, quando loco pecuniæ nomen debitoris concessum fuit.*

2 *Quando alicui pecunia numerata mutuò tradita fuit & deinde pro pecunia numerata cum debitori census constitutus fuit an valeat. Et quid virtute bullæ Pij V. nu. 3. & quid virtute bullarum Martini V. & Calisti III. nu. 4. & quid virtute bullæ Nicolai V. nu. 8. & quid uirtute pragmaticæ regni Neapolitani. nu. 9*

6 *Venditio duplex, alia sine scriptis, & alia in scriptis. nu. 7. vbi requisita ad vtrunque.*

10 *Quando quis est alicuius creditor qui cum tertio censum*

sum constituit, & loco pecuniæ a principio nomen sui debitoris cessit, an valeat contractus censualis, et tunc an in totum, vel pro summa, pro qua æstimari possit illud nomen debitori, vel fuit exactum, debeat sustineri contractus, nu. 11.

Consilium LXI.

1 QVando contractus censualis constitutus fuit, loco pecuniæ nomen debitoris re uera concessum fuit, quæritur, an huiusmodi contractus sit validus.

Pro resolutione huius quæsiti duo sunt considerandi casus.

Primus est, quando alicui pecunia numerata mutuo tradita fuit, & deinde pro pecunia illa numerata cum dicto debitore census constitutus fuit.

Secundus casus est, quando quis est alicuius creditor, qui creditor cum tertio cēsum constituit, & loco pecuniæ a principio nomē debitoris cessit.

2 In primo casu faciendæ hæ conclusiones. Prima est uirtute Bulle Pij V.

Secunda est uirtute Bullarum Martini V. & Calisti III.

Tertia est uirtute Bullæ Nicolai V.

Quarta & ultima est virtute pragmaticæ huius Regni.

3 In prima conclusione resolutio est, contractum non valere, & vsurarium esse, cum tempore celebrationis contractus censualis pecunia numerata interuenire debeat, alias contractus dicitur illicitus & vsurarius, vt expresse disponitur in ipsa Bulla Pii V. tradit Nauarra in lib. 3. consiliorum, in tit. de empt. & vendit in consi. 13. num. 1. & in cons. 16. in uers. secundo, & Viuius in decis. 369. & ita est tenendum, licet contrarium teneat Surdus in cons. 162.

4 In secunda conclusione Nauarra in dict. consilio 13. tenet valere contractum, & ante eum ita tenuerunt Bertrand. in cons. 91. nu. 7. lib. 3. Tiraquellus in tractat. de utroque retractu, in fine, nu. 137. & Follerius in sua praxi censuali, in uerbo huiusmodi census super rebus, num. 95.

Nauarra fundatur de rigore iuris. & de æquitate.

In rigore iuris fundatur hac ratione.

5 Contractus censualis est emptionis, & venditionis contractus, vt probatur in dictis Bullis positis in extrauag. sub titulo, de emption. & uendit. in cap. 1. & 2. sed contractus emptionis & uenditionis non potest esse nisi pretium certum constituatur, §. pretium, institu. de empt. & uendit. & nisi pretium sit in numerata pecunia. § item pretium, instit. eod. tit. & tamen potest solui pretium in alia re, quam in numerata pecunia, l. pretii. C. de rescindend. venditio. igitur similiter contractus censualis uti contractus emptionis & uē ditionis licet fieri debeat cum precio in pecunia numerata, tamen pretium pro censu constituto in alia re, quam in pecunia numerata solui potest.

In æquitate fundatur hac ratione.

Hæc opinio magis æquitati consona est, quæ apud omnes uidetur dictare, pinguiorem esse solutionem uno, duobus, uel tribus annis anticipatam, qua fruitus est uenditor census sine ullo censu, & interesse, quam eiusdem quantitatis solutionem tempore constitutionis, qua nescitut an, & quando sit fruiturus.

Reuera magna est autoritas doctoris Nauarræ, tamen in hoc casu mihi placet contraria opinio, & sic contractum census fieri non posse pecunia numerata non interueniente tempore celebrationis contractus, quam conclusionem probo ex infrascriptis.

Primo per extrauagantem Martini. V. in uerbis illis ipsi uenditori tunc integraliter in pecunia numerata solui consueuerunt. ex quibus uerbis apparet expresse uenditori pecunia numeratam integraliter soluendam esse tempore celebrationis contractus.

Secundo probatur per extrauagantem Calixti tertii positam in c. 2. in extrauag. sub titul. de emption. & uendit. in uerbis illis, certum competens pretiū, numerata pecunia.

Tertio, & ultimo probatur hac ratione.

Contractus census est proprie contractus emptionis, & uenditionis ut expresse probatur in dd. c. 1. & 2. in extrauag. sub tit. de empt. & uendit. sed de contractus emptionis, & uenditionis substantia, & essentia interuenire debet pretium in pecunia numerata, alias non potest esse emptionis, & uenditionis contractus. §. item pretium, institut. de empt. & vendit. igitur de substantia contractus census ad hoc ut ualeat, debet tempore celebrationis interuenire pretium in pecunia numerata, alias non ualet.

Et si dicatur secundum Nauarram, quod licet pretium esse debeat in pecunia numerata, potest tamen solui in alia re, quam in numerata pecunia per præii. C. de rescindend. uendit. & ibi Bald. & Salycetus dicunt, quod contractus emptionis non irritatur, nec desinit esse talis, eo, quod solutio fiat in pecorib. uel in alia re, quam numerata pecunia, & glo. ipsius respondens ad d. §. item pretium, sic ait, potest autem solui in alia re. quam numerata pecunia, quod quotidie fit, & iure quidem per dict. l. pretii, in hoc clarissimam, quæ habet pretium debere constitui in pecunia numerata quo ad conuenctionem, sed non quo ad solutionem, quæ uolenti uenditori potest fieri in alia re.

6 Pro resolutione huius responsionis sciendum est emptionem & uenditionem aliam esse sine scriptis, aliam in scriptis. Emptio sine scriptis solo consensu contrahitur, & ad

eius

eius essentiam satis est, quod pretii conuentio fiat, ideo nec rei traditionem, aut numerationem pretij, aut dationem arrarum exigit, vt habetur in princip. institu. de empt. & vendit. & in hoc casu, cum solo consensu emptio, & uenditio contrahatur, si postea, quam ipse contractus fuit solo consensu perfectus, quo ad conuentionem, solutio fiat de uoluntate contrahentium in alia re, quam in pecunia numerata, quæ loco pretii succedit, ualet, & contractus emptionis & venditionis non irritatur per tex. in d. l. pretii, quæ in hoc casu proprie loquitur, ex hoc elicitur, quod species non potest a principio in pecunia numerata extimari.

7 Emptio, & uenditio in scriptis solo consensu non contrahitur, sed necesse est, quod scriptura conficiatur, & nisi fiat non dicitur perfectus contractus, §. 1. instit. de emption. & uendit. & in hoc casu sola pretij conuentio non perficit emptionem, ut probatur in l. 2. ff. de contrahend. empt. vbi dicitur, quod sola pretij conuenctio perficit sine scriptis habitam emptionem, innuit ergo, quod cum scriptis habitam emptionem sola pretii conuenctio non perficiat, est igitur necesse, quod tempore, quo in scriptis celebratur contractus, quod tunc interueniat pretium in pecunia numerata ad hoc, ut contractus ualeat, ut habetur in princ. instit. de empt. & vendit. & elicitur ex d. l. 2. nam tempore, quo in scriptis celebratur, dicitur fieri contractus, & non ante, & licet antea possit adesse tractatus, & inter partes resolutio, tamen contractus perfici tur tempore, quo scriptura celebratur, & propterea tunc temporis debet adesse pretium, & in pecunia numerata, cum tunc temporis, & non ante dicatur fieri contractus, & conuenctio, & hac de causa loco pretii aliquid solui non potest, cum hæc regula d. l. pretij, habeat solum locum post contractum emptionis, & uenditionis perfectum, ut omnes doctores ibi concludunt, & non ante, & sic in contractu emptionis, & uenditionis sine scriptis, qui solo consensu contrahitur, simulatque de pretio fuit conuenctum, quamuis nondum pretium numeratum sit, & non in contractu emptionis, & uenditionis in scriptis, in quo ad essentiam ipsius tempore celebrationis contractus ad esse debet pretium in pecunia numerata, & eodem tempore, quo perficitur emptio, est facienda solutio.

Sed contractus censualis est emptionis & uenditionis contractus & in scriptis, vt concludit Franciscus Milanensis in decisio. octaua, numero duodecimo, lib. secundo, igitur tempore, quo celebratur in scriptis, debet adesse pretium, & in pecunia numerata, & loco pretii nomen debitoris solui non potest, cũ simus in ipso contractu, idest in principio, quo facienda est solutio, & non post contractum perfectum, & hoc uoluit significare Martinus V. in sua extrauaganti, in uerbis illis. ipsi uenditori tunc integraliter in pecunia numerata solui consueuerunt.

Ex his patet, quod sine uelimus tenere opinionẽ contractus census esse contractum emptionis, & uenditionis sine scriptis, aut in scriptis semper tenenda est opinio, nomen debitoris loco pretii cedi non potuisse in casu nostro, cum ueritate inspecta non interuenerit pretium & in pecunia numerata, a principio contractus, sed tantum nomen debitoris, licet extimatum.

Nec obstant dicta per Nauarram, nam primum fundamentum procedit primo in contractu emptionis, & uenditionis sine scriptis, qui solo consensu perficitur, dummodo pretium interuenerit, & non quando a principio nomen debitoris conceditur, ut fuit in casu nostro, secundo non procedit in contractu emptionis in scriptis, ut est contractus censualis.

Secundum fundamentum in equitate roboratum non obstat, quia non potest esse emptio, & uenditio, nisi adsit pretium, & in pecunia numerata secundum leges, immo ob fraudes euitandas, & usuras non est concedendum, cum possit pecunia mutuo dari in parua quantitate, & quod in contractu dicatur maior quantitas, quam re uera fuerit tradita, & sic non adest equitas potest etiam esse, quod re uera tota pecunia fuerit numerata, & sic fit æquitas considerabilis, & propterea ut conscientia sit in tuto, magis equũ est, ut tempore celebrationis contractus pecunia numerata interueniat.

8 In tertia conclusione uirtute Bullæ Nicolai V. Resolutio est censum emi debere in pecunia numerata, eamque interuenire debere tempore celebrationis contractus, & loco pretii & pecuniæ numeratæ non posse nomen debitoris concedi, cum tunc temporis, quo celebratur contractus censualis, & sic a principio debeat interuenire precium in pecunia numerata, ex quo ex dispositione eiusdem Bullæ est contractus emptionis & uenditionis, & hoc uerum esse apparet per rationes & considerationes supra in secunda conclusione factas, & licet contra hanc conclusionem teneat Franciscus Milanensis in decisione secunda, lib. secundo, tamen non est discedendum ab hac opinione, quæ iudicio meo est uerissima.

Nec obstant considerationes eius.

Prima dum ait, quod debitum ex una causa potest conuerti in aliam causam ex conuenctione partium. l. certi conditio. §. depositi, ubi omnes Doctores. l. singularia, ubi Bart. num. 20. & 21. Ias. & Cagnol. ff. si cert. petat. & conuersio non capit simulationem, quia fomentum habet ex ueritate causæ præcedentis secundum Bartol. in l. Lucius, la. 2. ff. deposit. ubi dicit, quod isto casu non dicitur simulatio, nec habet locum statutum reiiciens exceptionem simulationis, idem

dicit

dicit Bartol. in lege si ex precio. Cod. si certum petatur, & ideo, debitum, ex causa mutui conuerti potest in emptionem census.

Hæc prima ratio non obstat, quia de essentia emptionis, & uenditionis est, quod interueniat precium in pecunia numerata, & de essentia contractus censualis, est quod interueniat precium in pecunia numerata, cum sit emptionis, & uenditionis contractus, & cum sit contractus in scriptis precium in pecunia numerata interuenire debet, tempore, quo celebratur contractus, quando igitur dicitur debitum ex una causa posse conuerti in aliam causam ex partium conuentione, intelligitur, quando essentialia alterius causæ concurrunt, adeo, quod de iure, causa in aliam causam sit conuertibilis, cum semper in quolibet actu termini habiles præsupponantur.l. ut gradatim.ff. de muner. & oneribus, & hæc declaratio elicitur ex Doctoribus in d.l.singularia.

Sed in casu nostro debitum ex alia causa puta mutui. non est pecunia numerata, licet loco precii, & pecuniæ numeratæ concedatur, igitur non potest ipsum nomen debitoris de iure conuerti in aliam causam idest in contractum emptionis census, cum non concurrant essentialia ipsius contractus, quæ sunt precium, pecunia numerata, & quod fiat in scriptis, nec nomen loco precii succedere potest, cum pecunia, & numerata interuenire debeat a principio tempore celebrationis contractus.

Secunda, & ultima consideratio est aliis ommissis ex uerbis Bullæ, dum dicit, dummodo annualis census huiusmodi censualium decimam partem principalis recepti, seu pretii eorundem non excedat, hæc enim uerba sunt intelligenda, & restringenda ad nomen debiti, quod debetur uere ab eodem submittente, eius bona ad censum, quod debetur uere ab eodem submittente, quia potest quæri in causam Bullæ ratiocinando ad decem pro centinario id, quod debetur, & sic conuerteretur in precium census annui venditi.

Hæc consideratio non obstat, quia illa uerba principalis recepti, seu precii non possunt eo modo intelligi. sed illa uerba principalis recepti intelligenda sunt tunc temporis, quo contrahitur scriptura, quo tempore, cum sit contractus emptionis, & uenditionis, debet interuenire precium in pecunia numerata, & sic uerba illa, recepti, sunt interpretanda, quod illo tempore, quod contrahitur census, uendens recipiat, & cum termini habiles in quocumque casu sint intelligendi, ideo, cum simus in contractu emptionis, & uenditionis, & in scriptis, in quo contractu de essentia, & substantia debet a principio celebrationis contractus interuenire precium certum, & in pecunia numerata.

Illa uerba, recepti, intelligi debent recepti tunc temporis in pecunia numerata, illa uero, uerba, seu pretii augent antedicta, & declarant, quod illa uerba recepti, intelligi debent in pretio consistente in pecunia numerata, & sic sunt uerba augumentatiua, & declaratiua argumento, lege si quis ita legauerit, digestis de auro, & argento legat. immo dico, quod per dicta uerba probatur, pretium debere consistete in pecunia numerata, nam dum Bulla Sanctissimi Domini nostri Pontificis Optimi Maximi ait, decimam partem principalis recepti, seu pretii, significat summissionem bonorum ad censum non posse esse, nisi in pecunia numerata, ut vere sciatur decima pars principalis receptio, quia in alio, quam in pecunia numerata non nere potest sciri decima pars, ut supra dictum est.

Non est igitur discedendum a prima opinione ob euitandas simulationes fraudes, & usuras, quæ in dies committuntur quando pro rebus, seu nominibus debitorum annui census uenduntur, ut recte sacra, & catholicas Maiestas in suis pragmaticis considerauit.

9 In quarta & vltima conclusione virtute pragmaticæ huius regni, resolutio est interuenire debete pecuniam numeratam, & pro nominibus debitorum non posse contractum censualem constitui, in hoc enim regno per pragmaticam primam, in titulo de contractibus, disponitur, quod huiusmodi contractus, seu obligationes, in quibus soluuntur bona mobilia, æqui, margaritæ, nomina debitorum, ac bona stabilia pro emptione annui redditus, quod illicitæ, usurariæ, & feneratitiæ, & ipso iure nullæ, & inualidæ reputentur, seu fiant mediantibus scripturis priuatis, seu sine scripturis, quod itidem contrahentes puniantur uti usurarii publici, & alia etiam pœna arbitrio principis reseruata, & quod notarii, & magistri actorum conficientes huiusmodi instrumenta, & obligationes incurrant pro prima quidem uice in pœnam unciarum centum, pro secunda uero uice in pęnam unciarum ducentesimo, & priuationis etiam officii, Ita etiam tenuit Viuius in decisione trecen-

treecentesimosexagesimonono, nume.quarto, & quinto, & licet pragmatica uideatur loqui in contractibus usurariis, tamen extenditur ad omnes casus, in quibus non interuenit pecunia, cum ratio illius pragmaticæ extendatur, & procedat etiam in aliis casibus, cum uelit obuiare usuris, ne fiant, & quod antea contractus fuerit licitus non constat, cum potuerit etiam esse illicitus, ideo ad euitandum fraudes, usuras, & peccata concludendum est indistinctè illam legem loqui, ad hoc vt intentio Regis ad unquam obscruatur.

10 In secundo casu principali, qui est, quando quis est alicuius creditor, qui creditor cum tertio censum constituit, & loco pecuniæ a principio nomen sui debitoris cessit, Resolutio est uirtute Bullæ Pij Quinti non ualere, nec etiam valere virtute Bullarum Martini Quinti, & Calisti III. nec etiam uirtute Bullæ Nicolai Quinti ob rationes, & considerationes supranarratas, ac etiam ex hac alia consideratione, nam tunc vel respectu extimationis nominis debiti, vel propter litis impensam, vel propter salaria exactorum minus potest consequi uenditor, uel cum effectu consequitur ut tradit Corn. in consilio trigesimoseptimo, uolumine secundo, idem dicunt Cagnol. numero ducentesimoquinquagesimoquarto, & Penteleus Crem. numero ducentesimoquinquagesimosexto, in l. secunda, Cod. de rescindend. uendition. & Mascardus, de probation. conclusion. 661.

11 Iuxta hanc conclusionem oritur dubium, an in prædicto casu in totum, an pro summa, pro qua extimari possit illud nomen debitoris, vel fuit exactum debeat substineri contractus, & census soluti cedant pro superfluo in satisfactionem sortis.

In dubio duæ sunt Doctorum opiniones.

Prima est, quod ex quo Bulla se fundat super certa quantitate, scilicet ad decem pro centinario, & ideo, quod non solum contractus retractabitur pro eo duntaxat, quod deficit secundum formam a Bulla permissam.

Sed etiam in totum rescinditur, & data computabuntur in sortem, ita tenet Bald. in l. secunda, quæstion. duodecima, C. de rescindend. uendition. idem uidetur tenere Paulus de Castro in l. si tibi. ff. locat.

Hæc opinio probatur primo, quia hic contractus est fictitius, & simulatus in fraudem pignoris, ideo in totum est nullus tanquam non uerus. l. nuda. ff. de contrahend. emption.

Huic rationi respondetur, quod licet contractus simulatus in totum sit nullus ipso iure, tamen secus est in contractu facto in fraudem l. contra. ff. de. ll. ubi fit differentia inter contractum simulatum, & factum in fraudem.

Secundo probatur, quia ipse, cui fuit facta subiugatio, fuit in dolo, & cum uenditio redditus sit contractus bonæ fidei, ideo contractus nullus, quia dolus dans causam contractui reddit ipsum nullum. l. eleganter. ff. de dolo.

Huic rationi respondetur, quod non fuit commissus dolus in contrahendo, sed in pretio non soluto integraliter, ergo pro rata pretii soluti ualet, & non ultra, ut in simili habetur in l. fina. ff. de fundo dotal. in l. iulianus. ff. de action. emption. notatur in l. secunda. Cod. de rescindend. uenditio. maxime per doctrinam Baldi in cap. 1. extr. de iureiur.

Secunda est opinio, quod quando res, seu merces, uel nomen debiti, quod datur loco pretii in contractu emptionis, & uenditionis annuorum redditu um, seu censuum in hoc regno secundum Bullam Papæ Nicolai Quinti, non sunt ualoris, & extimationis decem pro centinario, tunc non annullatur in totum contractus, sed reducitur pro quanto est ualor, seu extimatio rei, seu nominis debiti pro rato ratiocinando ad decem pro uno, contractus iste substinebitur, & ualebit, nam si emuntur annui redditus, seu census decem, & datur res, uel nomen debiti ualoris, & extimationis ducatorum octuaginta, tunc reducetur contractus ad octo pro singulo anno, & annullabitur quo ad reliqua duo, ita in interpretatione dictæ Bullæ ibi tenent Ioannes de Aloisio de septimo, in uersicu. in pragmaticæ materia, Ferdinandus Bongiornus in textu ibi, Decimam, & Franciscus Pancaldus in uerbo, ibi, pretio, quos refert, & sequitur Franciscus Milanensis in decision. secunda, numero quinquagesimoprimo, cum seqq. libro secundo, ubi dicit sic fuisse decisum in regia Curia Regni Siciliæ.

Mouentur dicti Doctores ex infrascriptis.

Primo de iure ciuili, si fit contractus, & promittuntur vsuræ vltra debitum numerum, non uitiatur contractus in totum, sed tantum respectu usurarum ultra debitum modum. l. pecuniæ, l. placuit, & l. usuras. ff. de vsur. & l. eos. §. si quis autem. Cod. de usur. & sic utile per inutile non uitiatur. l. prima. §. penultimo, & ibi doctores omnes, ff. de uerb. obliga. & propterea quando fit censualis contractus, &

exce-

excedit numerum decem ducatorum pro quolibet centinario, valet quo ad numerum decem ducatorum, & quod est ultra, in eo tantum contractus uitiatur.

Huic rationi respondetur, & primo, quod in casu nostro, quando a principio loco precii datur debitoris nomen, tunc fit contra naturam actus, ex quo interuenire debet pecunia numerata in constitutione census, ut supra latissime fuit comprobatum, & propterea vtile propter inutile uitiatur, ex quo quando fit aliquid contra naturam actus, vtile propter inutile uitiatur Baldus in l. certi. §. quoniam, sub numero tertio, in uersicu. septimus. ff. si cert. petat. & ideo supradicta ratio non habet locum in casu isto.

Secundo respondetur, fuit dictum contractum censualem esse contractum emptionis, & uenditionis, pro cuius forma requiritur precium, & in pecunia numerata. §. item precium, Instit. de emprion. & vendit. ideo si non interueniat precium in pecunia numerata ratione formæ non seruatæ in totum uitiatur, cum ratione formæ actus sit indiuiduus, & ideo utile propter inutile uitiatur. l. græcæ. §. illud. ff. de fideiussor. tradunt Doctores in l. prima, §. penult. ff. de verbor. obligation. actus enim ex defectu formæ nullo modo ualere potest. l. prima, §. si quis ita, & ibi Bartol. ff. de uerbor. obligation. & ratio est, quia forma dat esse rei. l. Iulianus. §. si quis. ff. ad exhibend. deficiente ergo forma, deficit esse, ergo impossibile est quod actus sine esse, vllo modo ualeat, nam a quo remouetur subiectum, remouetur prædicatum. l. si meuia mater. ff. de hæred. instituend.

Quando igitur dicitur utile propter inutile non uitiari, non procedit quando actus ex defectu formæ uitiatur ut in casu nostro.

Tertio, & ultimo respondetur, quando lex a principio resistit actui, ne fiat certo modo, tunc si eo modo fiat, nunquam ualet, prout ualere potest. l. si non sortem, in princip. iuncta glossa, & ibi Bartol. ff. de condict. indebit. l. græcæ, & ibi glossa. ff. de fideiussor.

Sed in casu nostro constitutio census debet fieri in pecunia numerata, & non potest excedere decem pro centenario, cum, si fiat census ultra decem lex actui resistat, ut habetur in extrauaganti Martini Quinti, & Calixti Tertii, ac etiam in Bulla Nicolai Quinti, & in regia pragmatica, igitur si non fiat constitutio census ad rationem decem pro quolibet centenario, sed fiat ultra decem, certum est, quod contractus non ualet etiam prout ualere potest, & sic in hoc casu utile propter inutile uitiatur, ex quo ad permissum ualere non potest.

Secundo, & ultimo mouentur, licet contractus usurarius, quo ad usuras sit nullus ipso iure, quia usura est prohibita, & sic non tenet obligatio, tamen quo ad sortem tenet, Paul. de Castro in consilio 446. in primo uolumin. ita potest dici, quod sicut tenet quoad principale, ita tenet quo ad accessoria licita, uidelicet quo ad censum debitum, & licitum pro rata sortis iam solutæ, facit pro hoc argumento glossa in l. illud. §. fin. autem. Cod. de sacrosanct. eccles.

Huic rationi respondetur diuersam esse rationem inter sortem, & vsuras, licet enim prohibeatur vsura, tamen non prohibetur sortis principalis repetitio, & ideo non mirum, si quo ad sortem teneat obligatio, cum respectu principalis debiti non reperiatur aliquid prohibitum, cum igitur vsura sit prohibita, non potest dici ualere contractum respectu portionis census liciti, & annullari respectu portionis census illiciti, quia lex a principio resistit actui, ne fiat ultra decem pro cẽtenario, & ideo si fiat eo modo quo lex resistit actui, non ualet, prout valere potest, l. si non sortem, in princ. iuncta glossa, & ibi Bartolus. ff. de condict. indeb. nec obstat glossa in l. illud. §. fin autem. C. de sacrosanct. eccles. quia eo modo determinatur per l. sancimus. C. de donat.

Ego in puncto iuris non discederem a prima opinione, & secundum eam iudicarem per dicta in responsionibus fundamentorum secundæ opinionis.

Et ita prout supra dixi consulo, & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Censualis contractus est de sui natura, & substantia contractus in scriptis.*
2 *Mentio si fiat de instrumento, intelligitur de publico.*
3 *Contractus, quando est perpetuus, debet in scriptum celebrari.*
4 *Scriptura priuata, aut probatio per testes non sufficit ad inducendam obligationem, & paratam executionem in contractu censuali.*
5 *Contractus in scriptis non dicitur perfectus, nisi scriptura sit completa.*
6 *Pecunia numerata an verificetur in specie, seu nomine debitoris redacta, seu redacta ad pretium.*
7 *Contractus censualis, quando ab initio fuit celebratus, & conuentum fuit de pecunia numerata, pro ea potest dari, & solui aliqua species.*
8 *In contractu censuali, quando in principio non interue-*

uenit precium in pecunia numerata, an in verificetur, quia venditio fuit celebrata ad libros auri, vel argenti.

9 *Species non potest esse loco precii alterius speciem. Quia non posset discerni, quæ res videtur vendita esse, & quæ precii nomine data. nu. 10.*

10 *Pecunia secundam communem visum loquendi propriè, & strictè intelligitur de nummis tantum.*

Consilium LXII.

PRo resolutione pręsētis difficultatis duo sunt videnda principaliter.

Primo, an contractus censualis dicatur de sui natura, & substantia contractus in scriptis.

Secundo, an contractus in scriptis dicatur perfectus, nisi scriptura sit completa.

1 In primo concludendum est censualem contractum esse de sui natura, & substantia contractum in scriptis, quod est verissimum habita consideratione ad Bullam Nicolai. V. quæ in Regno obseruatur. & hæc conclusio probatur auctoritate, & ratione.

Authoritate probatur, nam ita in dicta Bulla tenet Blascus lancea, in uerbo, instrumento gratiæ, ubi ait, ex eo, quod dicitur, sic instrumentum gratiæ, apparet, quod pro huiusmodi debito secundum formam Bullæ est necesse, quod debeat confici instrumento, alias donec non sit factum instrumentum, quod dicta censualia non debentur, cum interim non potest dici perfectus contractus, & completus. l. contractus. C. de fide instrument. idem ibi tenet Petrus de Gregorio in quæstion. quinta, in uersicu. Decimo requiritur, ubi dicit, quod hic contractus emptionis annualium iurium est necesse, quod celebretur in scriptis, & quod fuerit in publica forma redactus, eandem opinionem sequitur Franciscus Milanensis in decision. octaua, numero octauo, cum seqq. vbi vult, quod hic contractus debeat celebrari in scriptis, siue eius scriptura sit de sollemnitate, siue de substantia contractus ipsius, alias non valebit.

Ratione probatur hæc conclusio.

2 Primo, quando fit mentio de instrumento, intelligitur de publico, & sic in scriptis, Bald. in l. Diuus Traianus. ff. de testam. milit. & ideo contractus emphyteoticus in scriptis debet celebrari, & in scriptis dicitur propter illa uerba posita in l. secunda, in uerbo, emphyteoticis instrumentis, & in l. tertia, in uerbo, emphyteoticum instrumentum. C. de iure emphyte. ita concludit Ias. in l. prima, in 14. colum. dum examinat ibi, an contractus celebrari debet in scriptis. C. de iure emphy. sed in Bulla dicitur, & fit mentio de instrumento, dum ait, quod talis contractus debeat fieri instrumento gratiæ mediante, igitur intelligitur de instrumento publico, & in scriptis.

3 Secundo probatur, quando contractus est perpetuus, debet in scriptis celebrari, quia ordinatur ad tempus excedens hominum memoriam, ideo in tali contractu lex uoluit, quod de necessitate requiratur scriptura, quæ facilius probat in antiquis, l. census. ff. de probatio. ita declarat Ias. in l. prima, in 19. colum. C. de iure emphiteut. sed contractus censualis respectu emptoris est perpetuus, dum dicitur in Bulla, instrumento gratiæ pro consimili pretio, mediante, quandocunque, nam tali casu talis contractus dicitur perpetuus, igitur dicitur, & debet in scriptis celebrari.

Tertio probatur, dum in Apostolica Bulla dicitur, quod contrahentes possint inter se uendere, & emere iura censualia prædicta cum opportuna contrahentium securitate, sed talis securitas non potest ita commode haberi, nisi contractus celebretur in scriptis, ut uoluit glos. in capit. primo, de censibus, lib. sexto, in 19. casu, dum allegat textum in l. pen. C. de fide instrument. igitur censualis contractus dicitur in scriptis.

Quarto, & vltimo alijs ommissis probatur in pragmatica Regis Alfonsi, in uersicu. plane, ibi sancimus, ibi, tanquam res iudicata, sed res iudicata non ualet, nisi feratur in scriptis, l. prima, C. de sentent. ex breui. recit. ergo idem erit in hoc contractu.

4 Ex prædictis igitur habes, quod contractus censualis dicitur in scriptis contractus, & ideo infertur, quod non sufficit scriptura priuata, aut probatio per testes ad inducendam obligationem, & paratam executionem in censuali contractu, ut habetur per Petrum de Gregorio in tract. super Bulla in dicta quæstion. quinta, & per Franciscum Milanensem in decision. octaua, lib. 2. num. 16.

5 In secundo quæsito resolutio est, quod contractus in scriptis non dicitur perfectus, nec aliquod ius in eo acquiritur, quousque scriptura non sit completa. l. contractus. C. de fide instrumenr & ibi gloss. Bartol. Bald. Paulus de Castro, Salycet. & alij Doctores communiter, Salycet. in authen. sed nouo iure, numero vndecimo, & duodecimo, C. si cert. petat. Grat. in consilio 107. lib. primo. Petrus Ioannes Anchar. quæst. famil. libr. 1. quæstio. uigesimaprima, Andr. Barbat. in rubri. extr. de emption. & uenditio. numero septimo, & Antoninus Thesaurus in decisi. 197.

Ex his sequitur conclusio, quod cum contractus censualis, sit emptionis, & uenditionis contractus, ut probatur in capit. primo, & secundo, in extrauag. de emption. & uenditio. ac etiam in Bulla Nicolai Quinti, quæ in

in hoc regno obseruatur, debet interuenire precium. §. precium, Institut. de emption. & uendit. & in pecunia numerata. §. item pretium, Institut. eod. titu. & ideo tempore, quo in scriptis celebratur contractus, quo tempore perfectionem recipit, debet interuenire pretium in pecunia numerata.

6 Sed oritur dubium, an pecunia numerata verificetur in specie, seu nomine debitoris redacta, seu redacto ad pretium.

Pro resolutione huius dubii duo sunt considerandi casus.

Primus est, quando ab initio fuit celebratus contractus, & conuentum fuit de pecunia numerata.

Secundus casus est, quando a principio nō interuenit pretium in pecunia numerata, quia venditio fuit celebrata ad libras auri vel argenti.

7 In primo casu resolutio est, quod pro pecunia numerata, bene postea potest dari, & solui aliqua species, & sic species potest extimari in pecuniam numeratam, quæ ab initio interuenit, & ita loquitur text. in l. precii causa. C. de rescindend. uendit. qui textus uidetur esse contrarius textui in dicto §. pretium, & ideo hæc contrarietas soluitur, vt dicta l. pretii, procedat ex post facto, at text. in dicto §. pretium, loquitur initio contractus, & sic dum contractus emptionis deducitur in esse debet statui precium, quo statuto, & contractu perfecto, postea non refert, quid loco precii tradatur dicta l. pretii. ita ultra alios tradit Ozzerrius, in dicto §. pretium, in princ. & hoc est, quod dixit glossa in dicta l. pretii, dum ait. §. item precium, procedere quoad conuentionem, non quo ad numerationem, & ita etiam procedit text. in l. si prædium. C. de euict. & ea, quæ dicunt glossa, Bartol. & alii in l. libera. C. de sentent. & interlocut. omn. iudic.

8 In secundo casu scias, quod Ioannes Faber in dicto §. item precium, dicit, quod si emptio fiat ad marchas, uel ad libras auri, & argenti, an teneat uenditio, Imprimis dicit, non uideri uenditionem contrahi, quia non est pecunia numerata, quod requiritur in dicto §. item precium, & in l. prima, §. si quis. ff. depos. attamen vult, quod si fuerint ad pecuniam numeratam extimate, valebit uenditio. l. precii causa. C. de rescind. uend.

Hæc opinio non est tenenda, quia quod species possint in pecuniam numeratam extimari, & ualeat uenditio, procedit, quando ab initio fuit celebratus contractus, & conuentum fuit de pecunia numerata, nam tunc pro hac pecunia numerata bene postea potest dari, & solui aliqua species. & sic species potest extimari in pecuniam numeratam, quæ ab initio interuenit, & ita loquitur text. in dicta l. precii causa, at in quæstione nostra ab initio non interuenit precium numeratum, quia uenditio fuit celebrata ad libras auri, uel argenti, & sic pro alia specie, nam aurum uel argentum ad libras datum, ut species iudicatur. l. plane. §. vndecimo. ff. de legat. primo, & notatur in l. naturalis. § at cum do. ff. de præscript. uerb. concludendum est igitur, quod talis contractus nullo modo ualebit, ut uenditio, sed bene procedet ut contractus innominatus, pro quo est casus in dicta l. naturalis. §. at cum do, & hanc opinionem contra Ioannem Fabrum tenet Ozerius in dicto §. item pretium, & duplex est ratio.

9 Prima est, quia species non potest esse loco precii alterius speciei, nam licet loco omnium pecunia esse possit, quia omnia per pecuniam comparata sunt, ut l. si ita fideiussorem. ff. de fideiussor. non tamen e contra, potest species esse loco pecuniæ, & ita tradit Angel. Aret. in dicto §. item precium.

10 Secunda ratio est, quia non posset discerni, quo res uidetur uendita esse, & quæ precii nomine data, & hinc est, quod in solutione pro precio potest solui aliqua species, quia cum perfectus sit contractus, apparet, quæ res est uendita, unde loco precii potest dari aliqua species, dicta l. precii causa, quia tunc constat de re uendita, & ita tradit in d. §. item precium, Ozerius, & quod hæc opinio sit tenenda probatur hoc alia ratione.

11 Pecunia secundum communem usum loquendi propriæ, & strictæ intelligitur de nummis tantum Bartol. in l. talis. ff. de legat. primo, & in l. prima, ff. ad Macedon. & ideo non uenit pecunia sigillata in sacculo, uel arca, sed pecunia numerata tantum Bartolus ibidem, quæ est indubitata conclusio, quando dicitur pecunia numerata, nam tunc non uenit nisi pecunia in nummis tantum. l. pecuniæ, la secunda, ff. de uerbor. signification. & hinc est, quod appellatione pecuniæ, & maxime numeratæ non uenit cessio nominis debitoris, glos. in l. legaui, in fine. ff. de liberat. legat. si igitur tempore quo fit emptio, & uenditio debet esse precium certum in pecunia numerata, non potest eo tempore, quo celebratur contractus loco pretii, & pecuniæ numerate dari, & consignari nomen debitoris pro tanta pecunia, nec aliqua species ad pecuniam numeratam extimata, ex quo nec nomen debitoris, nec aliqua species venit appellatione pecuniæ numeratæ, & ideo benedixit Angel. Aret. in dicto §. item prætium, quod species non potest esse loco precii alterius speciei, nam licet loco omnium pecunia esse possit, quia omnia per pecuniam comparata sunt, vt l. si ita fideiussorem, ff. de fideiussoribus non tamen e contra spe-

species potest esse loco pecuniæ, quiidem Angel. in d. §. similiter dixit, & bene, dum ait, quod si fiat emptio ad marchas, vel ad librum auri, uel argenti, non dicitur emptio, quia non est pecunia numerata, vt ibi requiritur, licet dicat, quod si fuerit facta conuentio ad numeratam pecuniam, licet postea soluatur libra auri, uel alia species loco dicti pretii conuenti, valet emptio, d. l. precii, & sic aperte habes, quod tempore conuentionis, & celebrationis contractus debet interuenire precium in pecunia numerata, & nō in cessione nominis debitoris, vel in aliqua specie estimata, & ego teneo hanc conclusionem verissimam.

Stantibus his conclusionibus in iure uerissimis, sequitur conclusio, quod cum contractus censualis sit contractus in scriptis, & cum eo tempore, quo celebratur debeat interuenire pretium certum in pecunia numerata, cum sit emptionis, & uenditionis contractus, & cum, ad hoc ut currat post celebrationem contractus census, debeat eo tēpore pecunia numerata interuenire, igitur in principio, quo hic contractus recipit complementum, & perfectionem loco pecuniæ numeratæ non potest dari seu cedi nomen debitoris, seu aliqua species ad pecuniam numeratam extimata, & ita prout supra dixi iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Alimenta ex vi transactionis debita, durante vita illorum, qui alimentari debent, spectanda sunt, nisi fuerit declaratum pro quanto tempore.*
2 *Obligatus ad alimenta præstanda non potest conueniri vltra, quam facere potest.*
3 *Alimenta præstanda sunt ex redditibus, non mutetur ex alienatione proprietatum.*
4 *Grauatus præstare alimenta in domo propria præstari debet. Declaratur num. 5. 6.*
7 *Præstatio alimentorum danda est per menses respectu eorum, quæ recipiunt solutionem mestruam, ut vinum, frumentum, ligna: in reliquis cum opus erit, vt sunt vestes, & olia: aliorum, quæ dietim præstantur, vt carnes, pisces, & similia, pretium per singulos menses.*
8 *Alimenta præterita peti possunt, etiam ab eo, qui illa babuit aliunde.*

Consilium LXIII.

IN præsenti difficultate plura sunt resoluenda dubia.

Primo, an alimenta ex vi transactionis debita, durante uita istorum, qui alimentari debent, præstanda sint.

1 In hoc dubio resolutio est, quod cum non fuerit declaratum pro quanto tempore alimenta præstari debeant, intelligi debet præstari debere eorum uita durante. Bartol. in l. stichum. §. primo. ff. de verbor. obligat. Gulielm. de Benedict. in repet. cap. Raynutius, uers. dotem. quam ei dederat, num. 16. in fine Afflict. in constitut. comitibus, num. 11. in uers. octaua dubitatio est, Iacobus Menochius in tract. de præsumpt. lib. 5 præsumpt. 157. num. 36. Dec. in cons. 311. colum. fin. in princ. Ioannes Cephalus in cons. 399. nu. 12. uol. 3. & in cons. 485. nu. 131. vol. 4. & Grammat. in decis. 101. nu. 56. & 112.

Probatur hæc conclusio in l. cum hi. §. modus. ff. de transact. in l. fin. §. Dominus. ff. de usufruct. & in l. firmio, in fine. ff. quando dies legat. ced.

Secundo an ad alimenta obligatus possit conueniri ultra quam facere possit.

2 In hoc secundo dubio, resolutio est, quod ille, qui obligatus est ad alimenta præstanda, non tenetur in plus, quam facere potest, neque se arctare in suis alimentis, & expensis, ut alios alat. l. si quis a liberis. §. fin. ff. de liber. agnoscend. & l. 2. C. de Alend. liber. tradunt Natta in cons. 387. num. 8. Bald. in l. 1. §. officio. ff. de tutel. & ration. distrahend. Andr. Barbat. in cons. 63. uolum. 2. Antoninus Thesaurus in decis. 211. num. 23. Afflict. in decis. 290. sub numer. 9. Vincentius de Franchis in decis. 336. numer. 4. & Andreas de Isernia, in constitut. comitibus.

Tertio, an alimenta præstanda sint respectu redditutum, & fructuum patrimonii, an uero respectu ualoris, & pretii bonorum, & proprietatis promittentis, ita quod si non sufficiant redditus patrimonii pro alimentis attenta qualitate, & conditione personarum illorum, quibus alimenta sunt præstanda, alens teneatur uendere proprietatem.

4 In hoc dubio Doctores dicunt alimenta præstanda esse ex redditibus, non autem ex alienatione proprietatum Barr. in l. pen. ff. de aliment. & cibar. legat. Dec. in l. Diuus pius, in fi. ff. de reg. iur. Crau. in cons. 119. num. 11. Gozzadin. in cons. 95. num. 4. Alex. in consil. 100. in fine. uolum. 1. & in cons. 72. numer. 7. uol. 5. Rolandus a Valle in cons. 22. num. 21. uolum. 1. & in cons. 74. numer. 18. uolum. 2. Ioannes Cephalus in consil. 257. uolum. 4. Boerius in quæst. 19. num. 8. & Iacobus Menochius in tract. de arbitrar. iudic. lib. 2. cent. 2. casu. 169. num. 3. in cons. 62. numer. 5. cum seqq. uol. 1. & in tract. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 157. nu. 32. & 33.

Probatur hæc conclusio in l. imperator, in fine. ff. ad Trebell. & in l. ius alimentorum, §. modum. ff. ubi pupill. educar. deb.

Considerandum est, in hoc casu id quod scribit pictus in l. Titia. §. Titia cum nuberet, numer. 156. ff. de leg. 2. ubi vult alimenta præstanda esse ex redditibus, nec aliquo modo

do

do esse alienandas proprietates, & subdit prius esse soluendum æs alienum,& ideo dicit filium grauatum præstare matri alimenta,posse in primis dedncere æs alienum, deinde propriam legitimam, & deinde ex redditibus, qui supererunt alimenta præstare.

Quarto an alimenta præstanda sint in domo illius, qui alimenta præstare tenetur, & maxime existentibus illis uerbis in contractu, & sia obligato tanto in nella Città dell'Aquila,& doue esso promittente habita.

4 In hoc dubio dicunt doctores, quod grauatus præstare alimenta in domo propria pręstare debet,Bartol.in l.Caio,§.imperatot. ff.de aliment.& cibar.legat. & in consil.211. num.5.lib.1.Bald.in conf.484.casus,lib.4. Alex.in conf.100.in princip. lib.1.in consil.132. num.2.lib.4.& in conf.178.num.5.lib.6.Soc. sen.in consi.284.lib.2.Ruyn. in conf.45.& in consi.80.lib.2.Ias.in l.diuortio,in princ.num. 24.ff.solut.matrimon. Picus in l.titia,§.titia cum nuberet,num.159. ff.de leg.2. & Iacobus Menochius in tract.de arbitr.iudic.lib.2 centur.2.casu 170.num.8.& in tract. de pręsump.lib.5.præsumpt.157.num.52.

Hæc tamen conclusio patitur multas declarationes, quas congerit Menochius in d. casu 170.& in d.præsumpt.157.num.53.cum seqq.& Berous in conf.24.nu.10.lib.2.& omissis aliis duæ sunt, quæ faciunt ad casum nostrum.

5 Prima est, quod tunc alimenta præstanda sunt extra domum granati, quando inter alimentantem,& alimentatium est his,nam tunc possunt peti alimenta extra grauati domum,Ias.in consi.4.in 2.dubio,lib.1. Rolandus a Valle in consi.22.num.12. lib.1. Riminald.sen.in conf.280.nume.10.lib.2. Iacobus Menochius in d. casu 170.& in d. pręsumpt. 157.num.55.& Ioseph Ludouici in decis.46. num.10.

6 Secunda declaratio est, quando alimentarius ob maximam hæredis Seuitiam, cum eo habitare non potest, Bald. in auth. quod locum. C.de collat. Paul. de Castro in consil. 425.viso casu suprascripto,col.ult.uers.de alimentis uero,lib.2. Riminald. sen. in consilio 250.num.7.Berous in conf.185.num.2.lib.1. & Iacobus Menochius in d.casu 170. nume. 14.& in d.præsumpt.157.num.54.

Sed hæ duæ causę concurrunt in casu nostro,ut in facto præsupponitur,igitur in casu nostro alimenta præstanda sunt,extra domũ grauati.

Quinto, an alimenta, cum sint præstanda extra domum, sint taxanda iuxta formam,l. hæreditatum. ff.ad leg.falcid.an uero iuxta.l. si quis argentum. §.fin autem donator.C.de donat.

7 In hoc dubio dicunt doctores, quod præstatio alimentorum danda erit per menses eorum respectu, quæ recipiunt solntionem menstruam,ut uinum, frumentum,& ligna, cæterum uero,cum opus erit,ut sunt uestes, & similia,ita Bart.in l.pecuniæ, num.2. ff.de aliment. & cibar.legat. Cætera, quæ dietim pręstantur,ut carnes, pisces,& similia,quæ facile corrumpuntur, extimatio, seu pretium per singulos menses præstabitur iuxta text. in l.mella, §.quædam.ff.de aliment.& cibar. legat.tradit Socin.in consi.10.col.4. uersi.circa quintam quęstionem,lib.1.& in conf. seq. in fine, idem dicunt Iacobus Menochius in conf.62.numer.7. uol.1.Rolandus a Valle in conf.22.num.23.uolum.1. Hieronimus Gratus in libr.2.responsorum in responso 87. nu. 24.& practica Papiensis in forma libelli pro legato rei singularis,num.69.

Quod dicitur, an sit seruanda forma d. l. hęreditatum,uel d.§.fin autem donator,procedit quando extimatio facienda est de consensu partium,in quo casu,cum simus in cõtractibus,attẽditur dispositio.d. §. fin autem donator.Afflict.in decis.34.

Sexto,an peti possint alimenta præterita.

8 In hoc dubio, cum alimenta debeantur iure actionis,uirtute initæ transactionis,concludendum est alimenta præterita peti posse etiam si aliunde habuerit alimenta, Bald. Paul.de Castro, Alexand. & Dec. in l.de alimentis.C.de transact.Ruin.in consi.81.num. 5.lib.2.& in conf.36.colum.fin.lib.3. Ioan.de Anan. & ibi Bolognin. in addit. in conf. 54. Thobias Nonius præceptor meus in consilio 85. Ioseph. Ludouici, in decisione 92. & Marcus Antonius Natta in consilio 387. uolumine 2. ubi dicit hoc procedere etiam quando relicta sunt alimenta in domo,nam debentur alimenta præterita extra domum, ubicunque nõ stat per alimentandum, quominus ea in domo percipiat, ut præsupponitur in casu nostro, cum hic in casu nostro recusauerit, & recuset alimenta præstare, & ideo iudicialiter ea petere poterit, & ea sibi debentur, etiam si nulla interpellatio facta fuerit,ut est text.in l.libertis, quos.§. manumissis.ff.de aliment.& cibar.legat.

Et ita prout dixi iuris esse censeo, & ego consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *In causa onerosa quando alimenta præstanda sunt, proprietas debet vendi.*

2 *Maritus habens magnum palatium, & ultra illud non sit soluendo,cogitur illud vendere, vt emat domum minoris pretii,& ex residuo se alere, & mulieri dotem restituere possit.*

Con-

Consilium LXIV.

POst resolutiones a me traditas in dubiis supra factis in causa alimentorum, fuit iterum super resolutione tertii dubij quæsitum, an dicta conclusio procedat, quando alimenta debentur ex causa onerosa, & sic an ille, qui alimenta præstare tenetur, obligatus sit, si fructus non sufficiunt, uendere proprietatem, si res aliqua sit magni valoris, & parui momenti.

1 In hoc dubio Alex. in l. maritum, in fine, ff. solut. matrimon. concludit proprietatem uendi debere, cum quo concurrunt Dec. in l. Diuus pius, in fine. ff. de regul. iur. & Ioan. Campezius in tract. de petit. & restitut. dot. in quæsito. 239. in fine.

Facit pro hac conclusione illa quæstio. An si maritus habeat magnum palatium, & ultra illud non est soluendo pro dote, an illud uendere cogatur, ut emat domum minoris pretij, & ex residuo se alere, & mulieri dotē

2 integram restituere possit. In qua quæstione Ioannes de Imola in l. si maritus, ff. solut. matrimon. tenet uirum debere cogi prædium illud uendere, & idem ibi tenet Angel. eandem opinionem sequuntur Nicol. de Neapol. & Bald. in l. 2. C. quod cum eo, & Alex. in l. maritum, in fine, ff. solut. matrimon. & licet Bald. in d. l. si maritus, contrarium teneat, tamen tu non discedas a superiori opinione, quæ maximam in se habet æquitatem, & propterea iudex ita arbitrari debet, ut in casu simili tenet Bald. in l. fin. nu. 6. C. qui bon. ced. poss. quem sequitur Iacobus Menochius in tract. de arbitr. iudic. libr. 2. centur. 2. casu 183. nume. 24. cum seqq. & cum supradicta Imolæ opinione transit etiam Ioan. Campezius in tracta. de petit. & restitut. dot. in quæsit. 239.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Substitutio plura comprehendens tempora est compendiosa.*

2 *Compendiosa substitutio aliquo existente in medio, an sit omni tempore fideicommissaria. de quo differit per totum vsque ad finem.*

Consilium LXV.

SVbstitutio ista est compendiosa, quia plura complectitur tempora Doctores vno

1 ore in l. centurio. ff. de vulg. & pupill. substit. & in l. precibus. C. de impuber. & aliis substi tut. Quæ conclusio est verissima etiam si nō adsit verbum, quandocumque, nam dictum uerbum non est necessarium in compendiosa substitutione, Bart. in d. l. centurio colum. 3. & 9. vers. secundo oppono, & ibi Doctores communiter, Bald. in cons. 55. volum. 3. Soc. in cons. 113. num. 7. volum. 1. Dec. in consilio 572. & in cons. 643. Curt. iun. in cons. 86. & in cōs. 172. Rolandus a Valle in cons. 25. nu. 13. volum. 1. & Marcus Antonius Natta in consilio 68. num. 7. uolumine primo, & in cons. 660. num. 1. volum. 4. probatur hæc conclusio ratione, & lege.

Ratione probatur. Hæc enim compendiosa substitutio dicitur quotiescumque fit sub conditione mortis, ut est glossa magna in l. in testamento. C. de testam. milit. ibi, si Lucius decesserit, quam ad hoc ibi notat, Fulg. Pau. de Castro, & alij, nam cum quis semper mori possit l. 1. ff. de condit. & demonstrat. conditio mortis dicitur habere tractum successiuum, & multa tempora complectitur.

Lege probatur in dicta l. centurio, in dicta l. precibus, & in l. generaliter, in princip. C. de institution. & substitution. sub condit. fact.

Et sic hæc est verissima, & indubitata conclusio, quod substitutio per Iulium Cæsarem Euangelistam facta, est substitutio compendiosa.

2 Hæc igitur compendiosa substitutio matre existente in medio an fuerit omni tempore fideicommissaria, dubitatur, in hoc dubio duæ sunt Doctorum opiniones.

Prima est, quod sit omni tempore fideicommissaria, quam tenent multi doctores, & inter alios Afflict. in decis. 367. ubi ait sic per factum consilium fuisse decisum.

Secunda est opinio, quod non sit omnī tempore fideicommissaria, sed quod tempore pupillaris ætatis etiam matre existente in medio, sit directa pupillaris, quam tenent Imola, Paulus de Castro, Angelus, Aretinus, Alexander, Iason, Ripa, Zasius, Claudius de Seyssello, Lanfrancus de Oriano, Socinus iunior, Salycetus, Fulgosius, Corneus, Corasius, Cagnolus, Florianus, Gulielmus de Benedictis, Didacus, Politus, Baldus, Romanus Oldradus, Bertrandus, Capra, Socinus, Curtius iunior, Neuizanus, & Rolandus a Valle, quos omnes in eorum locis retuli in meo tractatu de substitutionibus, in parte 4. in ca. 11. sub num. 8. in uers. hæc opinio, ut uides, & hæc est magis communis opinio, & verior, ut ibi dixi, & ut dixit Rolandus a Valle in cons. 69. num. 76. & per totum, uolum. 1. & ultra supradictos Doctores hanc eandem opinionem tenent Galliaula, Riminaldus, Parisius, Emanuel a Costa, Vasquius, Emanuel Suarez, Paulus Leonius, & Sfortia Oddo, quos omnes refert, & sequitur Michael Grassus in libro sententiarum in §. substitutio, in q. 73. vbi ait hanc esse magis communem opinionem, & veriorem.

Ab hac igitur opinione magis communi, & ueriori per tex. in c. 1. de testament.lib.6. inducendo eum in ratione textus,non est di scedendum.

Et si forte iudex uellet sequi opinionem Bartoli,quam secutam fuisse per consilium, attestatur Afflictus in decis.367. quæ opinio in iudicando nullo pacto est sequenda,tamẽ adhuc in casu nostro iudicandum est in fauo rem Cippi paterni contra matrem ex infra-scriptis.

Primo,nam ipsa conclusio,quod compen diosa substitutio matre existente in medio, sit omni tempore fideicommissaria , non procedit , quando testator aliquid specifice reliquisset uxori suæ , sicque matri ipsius infantis , nam cum id uideatur fecisse in recompensationem portionis sibi debite in bo nis filii,sequitur dicendum uoluisse pupillarem contineri in hac compendiosa ad ipsius matris exclusionem, Simon de Pretis , in cons.61. nu.35. Pancirolus in cons. 155.nu.6. uers.alia est,& Iacobus Menochius in consi. 362.nu.12.uers.quinto suffragatur,lib.4 Sed in casu nostro testator eius vxori reliquit vsumfructum bonorum,ac etiam decedente filio 3. partem hæreditatis, igitur nõ est du bium sub hac compendiosa contineri etiam pupillarem ad matris exclusionem.

Secundo,quia,quando plures filii impuberes fuerunt inuicem substituti. pupillaris dicitur contineri etiam ad exclusionem ma tris in compendiosa substitutioni, Simon de Pretis in d.cons.61.num.30. & Iacobus Menochius in d.cons.362. num.10. Sed in casu nostro natus erat vnus filius, & alter oriundus erat secundum testatoris mentem , qui inuicem fuerunt substituti, igitur de mente testatoris in casu nostro pupillaris in compendiosa continetur ad exclusionem matris .

Tertio, quia, quando substitutio facta est in omnibus bonis, tunc pupillaris sub compendiosa continetur ad exclusionem matris Bart.num.27. Imola,num.23. Ias.numer.48. Alciat.num.91.& Galliaula num.402. in d.l. centurio,Bart.num.14.& Dec.num.19.in d. l.precibus, Aret.in cons.154.num.8.Paul.de Castro in cons.172.num.3.Dec.in cons.572. & Vrsillus in additionibus ad decis. Afflicti, 367. sub num.3. in vers. vel quando fuisset adiectum.Sed in casu nostro specifice substitu tio facta fuit in omnibus bonis , igitur sub compendiosa includitur pupillaris etiam ad exclusionem matris.

Ex prædictis tribus rationibus , quæ sunt declarationes ad primam opinionem apparet euidenter pupillarem contineri in hac compendiosa substitutione. Quæ substitutio excludit etiam a legitima , nam non solum pupillaris expressa excludit matrem a legitima per tex.in c. si pater,de testam. in 6. Sed etiam mater a legitima excluditur per pupillarem, quæ dicitur verbis generalibus comprehendi sub compendiosa,ita tenet Bar. in d. l. precibus,& eum sequuntur Sebastian. Sapia.ibi,num.86.Lancellot.Galia.in d.l.centurio, num. 193. Socin.iun.in l.2. num.98.ff. de vulg.& pupill. substitut. vbi dicit,quod in hoc Bartolum omnes Doctores sequuntur, Alex.in d.l.precibus num.19.Emanuel a Costa in d. c. si pater,nu.13.& Michael Grassus in lib.sententiarum in §.substitutio,in quæst. 30. num.3.

Et quod sub compendiosa pupillaris uerbis generalibus comprẹhendi dicatur,tenent Bart.in d.l.centurio,& est communis opinio, vt testatur Socin.iun.in cons.121.nume.203. Paris.in cons.73.nume.3.uol.3.Aymon Crauett.in cons.98. nume.10. & Michael Graff. in libro sententiarum,in §.substitutio,quæst. 61.num.4

Licet prædicta sufficerent ad determinandum matrem excludi debere etiam a legitima per pupillarem uerbis generalibus sub compendiosa compræhensam, nihilominus ad magis demostrandum in casu nostro a legitima & ab hæreditate esse excludendam probatur hac consideratione, præmittendo imprimis.

Quod ad esse pupillaris substitutionis requiritur,quod hæreditas adeatur, alias pupillaris locum habere non potest.l.2 uers.adeo. ff.de uulg.& pupill. substitut.& ibi Bart.cum quo omnes transeunt, ut testatur ibi Socin. iun. nume. 78. idem est in fideicommissaria substitutione, nam nisi non fiat hæreditatis aditio,non tenet & euanescit. l quia poterat, & per totum illum titulum.ff.ad trebell.

Secundo est præmittendum,quod hic filius institutus hæres, & mortuus in infantili ætate hæreditatẽ paternam non adiuit . nec aliquis pro eo iuxta dispositionem l.si infanti.C. de iure deliber. Cum igitur hæreditatem non adierit,dubitatur,ne testamentum corruere dicatur , an a substitutione vulgari robur capere possit,& dicendum est,quod a substitutione sumit fundamentum, Bart. in l. 1.n.28.ff.de vulg.& pupill.substit.cum quo Doctores communiter transeunt , vt ibi in nu.19.tradit Ripa.

His præmissis, cum hæreditas non fuerit adita,non potest habere locum fideicommissaria substitutio , & consequenter cessat Trebellianica.ff.& C.ad Trebell. Nõ potest neque habere locum pupillaris,cum absque aditione non habeat locum pupillaris substitutio , igitur habet locum vulgaris, & sic substituti hæreditatem accipient ex vi vulgaris substitutionis,per quam succeditur testatori,ita est tex.in princ.Institut.de uulg. substitut.tenet Bar.in d.l.1.nu.39.quem ibi vno ore Doctores sequuntur,cum igitur testatori succedatur,& in bonis ipsius,mater pupilli non potest deducere legitimam,cum legitima tantum debeatur in bonis filii , & non in bonis

bonis uiri, auth. de hæred. ab intesta. uenient per totum, & in auth. de hæred. & falcid. per totum, & hæc est uerissima conclusio.

Et si diceretur, & primo, quod existentia sui heredis confirmat tabulas pupillares, Bartol. num. 25. in l. 2. ff. de uulg. & pupill. substitut. & ibi Socin. num. 78. dicit communem, & consequenter substituti ex pupillari admittentur, cum in pupillari ætate mortuus fuerit filius.

Respondeo. Aut uis in hac compendiosa substitutione comprehendi pupillarem secundum magis communem opinionem, aut non comprehendi secundum Bartoli opinionem.

Si primo casu loquimur, & sic quod pupillaris comprehendatur, & quod existentia suitatis confirmet tabulas pupillares, & tunc cum uerbis generalibus comprehendi dicatur, non est dubium matrem a legitima excludi, ut supradictum fuit.

Si uis non comprehendi, & tunc existentiam suitatis tabulas pupillares confirmare non potest dici, cum non entium, nullæ sint partes. l. lecta ff. de reb. credit. si cert. petat.

Et si dicatur secundo, quod ex quo fauore matris dicitur hæc, compendiosa omni tempore fideicommissaria, non potest habere locum substitutio uulgaris.

Respondeo, quod si non potest habere locum uulgaris, nec pupillaris, non etiam fideicommissaria, ex quo non fuit adita hæreditas, igitur testamentum corruit, quod non est dicendum, cum sit contra mentem testatoris, cum testatus uelit decedere, & stante uoluntate testatoris, dicendum est, substitutos succedere ex uulgari substitutione, cum non nec ex pupillari, nec ex fideicommissaria succedere possint, & maxime est ita dicendum hac ratione.

Ea opinio, quod compendiosa substitutio matre existente in medio sit omni tempore fideicommissaria, non procedit, quando pia causa fuit substituta, Ripa in d. l. centurio, nume. 137. & Rolandus a Valle in cons. 69. nu. 7. uolum. 1.

Sed in casu nostro pro duab. partibus substituta fuit pia causa, igitur certum est, quod respectu piæ causæ omni tempore non est fideicōmissaria, cum igitur respectu piæ causæ non sit omni tempore fideicommissaria, idem dicendū est respectu cippi paterni substituti, ne substitutio vno eodemque tempore diuersi iuris esse censeatur contra, l. eum qui, ff. cum igitur non sit omni tempore fideicommissaria, & maxime cum non sit fauor matris, ex quo fideicommissaria in casu nostro locum habere non potest, sequitur, quod habet locum, uel uulgaris substitutio, uel pupillaris ob existentiam suitatis, (quod est magis uerum) & utraque comprehensa in compendiosa, & ideo mater excluditur a legitima, siue habeat locum uulgaris, siue pupillaris comprehensa in compendiosa.

Et si tertio dicatur, quod virtute transmissionis mater in dicta hæreditate succedere potest.

Respondeo, quod aut loquimur respectu hæreditatis, aut respectu legitimæ.

Si primo casu loquimur, & tunc hæreditas non transmittitur, tum quia hæreditas adita non fuit, & ideo in infante perinde est, ac si ei hæreditas non fuisset delata, & deuoluitur ad hæredes testatoris, textus est in terminis in d. l. si infanti, tum quia stantibus substitutis cessat transmissio, doctores in l. si filius hæres. ff. de liber. & posthum. Ias. Rip. & alij in l. 1. ff. de uulg. & pupill. substitut. Barto. in l. reconiuncti, col. 12. versic. & hoc est uerum. ff. de leg. 3. glos. Bart. Paul. de Castro, & Roman. in l. qui patri, ff. de acquirend. hæredit. Bald. in l. quidam elogio, col. pen. uersic. & hoc nisi aliquis. C. de iure deliberand. & Ias. in l. qui plures, ff. de uulg. & pupill. substitut. & ibi Imola & Aretinus.

Si secundo casu loquitur, & tunc mater nec legitimam iure transmissionis consequi potest, & Ratio est, tum quia fideicommissaria locum non habet ex quo non fuit adita hæreditas, tum quia, uel testamentum sumit uires a pupillari uerbis generalibus contenta sub compendiosa, quæ cum contineatur respectu piæ causæ, continetur etiam respectu cippi paterni, & maxime, cum substitutio in casu nostro facta sit. In omnibus bonis, plures filii fuerunt inuicem substituti, & aliquid specifice relictum fuit uxori, & matri pupilli, & existentia suitatis confirmauit tabulas pupillares, quæ substitutio matrem excludit a legitima, uel sumit uires a qua uulgari, in qua mater legitimam prætendere nō potest, cum per eam succedatur testatori, & in eius bonis, tum quia, quando moritur infans absque aditione hæreditatis: omnes hæreditates ad eum deuolutas, & non agnitas, ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eū delatæ, & eo modo ad illas personas perueniant, quæ uocabantur, si minime hæreditas infanti fuisset delata, si igitur infanti hæreditas patris a principio non fuisset delata, in ea, matre legitima non debetur, cum legitima in bonis tantum filii debeatur, & cum exclusus ab hæreditate etiam a legitima exclusus dicatur, quia exclusio generalis legis ab hæreditate, excludit etiam filiū in legitima, ut firmat Ias. in cons. 221. columna penultima, volumine secundo, Curt. iun. in cons. 10. colum. 1. in fine, Marian. iun. in cons. 25. volum. 1. Dec. in cons. 299. in consil. 264. in cons. 303. & in cons. 276. & Ruyn. qui dicit hanc communem opinionem in cons. 41. nu. 8. vol. 3.

Præterea transmittitur hæreditas non ut adita, sed adeunda l. si quis filium. §. 1. ff. de acquirend. hæredit. & Dec. in l. qui se patris, nu. 21. uers. sed potest responderi, C. vnde liber.

si

si igitur transmittitur, ut adeunda, mater debet hæreditatem adire, igitur non potest postea hæreditatem repudiare, & legitimam, & Trebellianicam petere, immo non potest adire ob perplexitatem, nam hęc mater, quę deberet adire, esset hæres grauata, & fideicõmissaria, & sic sibi ipsi esset obligata, quod esse non potest, l. si quis pro eo §. 1. ff. de fideiussor. Alberic. in l. licitatio. § fiscus. ff. de publica. & Alex. in l. cum filiosamilias colum. 1. prope finem. ff. de legat. 1. & ita in casu simili in particulari tenet Ioannes Cœphalus in cons. 524. nu. 73. volum. 4.

Ex omnibus antedictis constat hanc esse compendiosam substitutionem, & sub ea indubitanter compræhendi verbis generalibus pupillarem substitutionem, tum quia etiam matre existente in medio, magis communis est opinio, quod comprænhendatur, tum quia, dato, & non concesso, quod non comprænhendatur, non procedit in casu nostro, tum quia aliquid specifice reliquit uxori, tum quia reciproce filios substituit, tum, quia facta est in omnibus bonis, & tum quia respectu piæ causæ comprænhenditur, igitur, & respectu Cippi paterni, in omnibus enim istis casibus comprænhenditur pupillaris etiã matre existente in medio, quæ pupillaris matrem a legitima excludit. excluditur etiam ab hæreditate ex quo renunciauit, ac etiam a Trebellianica, ex quo non fuit adita hæreditas, & etiam a legitima, ex quo mortuus fuit in infantili ætate absque aditione hæreditatis, quo casu mater excluditur ab hæreditate, & consequenter a legitima, & sic in totum mater est excludenda.

Et ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Substitutio compendiosa aliquo existente in medio est omni tempore fideicommissaria. Contra nu. 2. de quibus disseritur usque ad finem declaranda præcedens consilium.*

Consilium LXVI.

Licet opus non esset allegationibus, tamen vt parti satisfaciam breuiter demonstrabo per partis aduocatum non esse dicta per me in primo consilio remota.

Dicebam in primis substitutionem esse compendiosam, & verbo quandocumque in ea necessarium non esse. Aduersus hæc nihil dicitur, nec dici potest, cum sit vera, & indubitata conclusio.

Dicebam etiam compendiosam hanc substitutionem, matre existente in medio, non esse omni tempore fideicommissariam, sed tempore pupillaris ætatis esse directam pupillarem substitutionem.

1 Aduersus hanc conclusionem dicitur, quod verior, magis æqua, & magis communis opinio est, quod matre existente in medio, sit omni tempore fideicommissaria, allegatur Bursattus in cons. 8. & Viuius in Silua commun. opin. in opin. 461. num. 2. & 3. & quod propterea hæc opinio est sequenda, & tanto magis, quia secundum eam iudicauit sacrum consilium, vt attestatur Afflictus in decis. 367. & ibi Vrsillus in additionibus, quibus addas vltra alios Iacobum Menochium in cons. 144. num. 13. lib. 2. & Decianum in cons. 82. numero 19. & 20. libro 3.

2 Contra hoc iterum dico, quod ea opinio, quod compendiosa uerbis communibus facta etiam matre existente in medio, infra tempus pupillaris ætatis, sit directa pupillaris, est communis opinio, ut ultra alios dicunt, & sequuntur Corn. in consilio 187. colum. 2. uol. 1. & in cons. 316. & in cons. 28. uolum. 4 Socin. iun. in consil. 94. numero 28. uolum. 1. & in cons. 134. eod. uol. Cuman. in consil. 2 in fine col. Ias. & Ripa in l. centurio, ff. de uulga. & pupill. substitut. & Rolandus a Valle in cons. 69. uol. 1. est magis communis opinio, ut dicunt, & sequuntur Socin. in consil. 144. col. 1. Paris. in cons. 73. colum. 1. uol. 3. Alexand. in consilio duodecimo, uolum. 3. & Michael Grassus in libro sententiarum in §. substitutio, in quæstio. 73. est communior opinio Bertrand. in cons. 126. col. 2. uolum. 1. est tenenda in decisiuis Corn. in consil. 316. columna secunda, uolum. tertio. & Socin. iun. in cons. 94. num. 28. volumine 1. vbi ait, quod hanc opinionem omnino sequi debemus in consulendo, & iudicando, & ei inhærendum esse ueluti Carrotio, & ita seruatur in practica, ut asserit Guido Papa in quæst. 521. & Bolognettus in d. l. centurio sub nu. 231. arbitratur hanc sententiam esse netiorem, & omnino in omni loco recipiendam, & ait Afflictum in d. decis. 267. praue fuisse locutum, dum dixit opinionem Bartoli esse communem, quia immo communis est contra Bartolum, & quod in Regno non seruatur dicta decisio Afflicti, tamquam fundata in falsa causa, & contra testatorum uoluntatem, cum intentio communis omnium hominum sit, ut per hanc compendiosam mater excludatur, & esse non solum magis communem, sed etiam magis naturalem, & uoluntati hominum consonam, ut per eum in fine dicti num. 231. & subiungit, numero 235. sententiam contrariam, quæ est ad matris fauorem esse iniquissimam, & Cagnol. in l. precibus, sub num. 216. C. de impuber. & aliis substitut. asserit pro sententia ista contra Bartolum esse receptiorem sententiam, ab ea, quod non esse recedendum consulendo,

&

& iudicando,& fecundum eam vidiffe iudicari per Excellentiffimum Senatum Illuftriffimi Principis fubaudie exiftentibus in confilio viris Doctiffimis, & omnibus numeris abfolutis, & hanc effe modernorum Communiorem atteftatur, & fequitur Portius Imolenfis in confilio 18. fub numero octauo.

Vides igitur,quod hæc opinio eft communis, magis communis, communior, uerior, magis vera, magis naturalis,& voluntati hominum confona,& quod feruatur in practica, & quod fecundum eam iudicatum fuit in Senatu Pedemontano,& quod eft modernorum communior opinio,& quod decifio Afflicti non feruatur in Regno.

Et quando viderentur, & numerarentur Doctores funt longe plures Doctores, qui hanc opinionem contra matrem fequuntur, habuifti in præcedenti confilio Doctores numero 39. quia hanc opinionem contra matrem fequuntur, quibus addas Crauettam, Decium,Bertrandum,Alciatum, Bolognettum,Riminaldum feniorem, Riminaldum iuniorem,Bartolum de Bartolinis,Ioannem de Monte Sperello, Conftantium, Roggerium,Durantem ,Hieronymum de Gabrielijs,Cagnolum ,Portium Imolenfem,Accurfium, Cumanum, Cardinalem, Ruynum, Guidonem Papam, Francifcum Marci, Thobiam Nonium, Baldum Nouellum, quos omnes refert,& fequitur Ioannes Cœphalus in conf.524.numero 27.volum.4.qui funt numero viginti quatuor, qui additi ad Doctores num.39.faciunt numerum Doctorum fexaginta trium, quibus addendi funt Ctatus in libro primo refponforum in refpõfo 134. nu.37. qui fimiliter teftatur de communi, Ioannes Andreas in c.fi pater, de teftament.lib.6. Chriftophorus de Caftellion. in difputatione incip. Sceuola pater, Iacobinus num.14. in d.l precibus, & Viglius in §. qua ratione, Inftitut. de pupill. poft gloffam ibi, ex his uides,quod Doctores recitati funt numero 69.& ultra iftos funt Doctores repetẽtes tam in d.l.centurio,quam in d.l.precibus vltra numerum decem,quos breuitatis caufa non refero,& fic Doctores qui tenent hãc opinionem funt ultra numerum octuaginta,verum eft igitur,quod hæc opinio eft cõmunis, magis communis, communior, æqua,magis æqua,cum fit in fauorem filij,feruatur in Regno fecundum Bolognettum, obferuatur in practica,ut ait Guido Papa,fecundum eam fuit decifum in Senatu Pedemontano,& in decifiuis fecundum præcitatos doctores non eft ab ea difcedendum, & eft etiam verior opinio, ut demonftraui in meo tractatu de fubftitutionibus, & probatur in d. l. precibus, quæ comprobatur per Vafquium in tract. de fucceff. progreffu in lib.2.§.18.fub num.55.& 56.probatur etiam in c.fi pater,de teftament.in 6.quem textum fi antiqui uidiffent, non contradixiffent, ut ait Ripa in d.l.centurio.

Non eft igitur in iudicando ab hac opinione difcedendum.

Dicebam,quod in cafu noftro contra matrem erat iudicandum,quia ea opinio,quod fubftitutio uerbis communibus facta,matre exiftente in medio fit omni tempore fideicommiffaria, non procedebat in pluribus cafibus.

Primo dicebam non procedere, quando teftator aliquid fpecifice reliquiffet uxori fue, ficque matri ipfius pupilli, nam cum id uideatur feciffe in recompenfationem portionis fibi debite in bonis filii, fequitur dicendum uoluiffe pupillarem contineri in hac compendiofa ad ipfius matris exclufionem.

Contra hoc dicitur, quod procedit quando uxor teftatoris, & mater pupilli legatum acceptat, & quando teftator iuffit eam effe contentam, & plus de bonis fuis petere non poffe, fiue quando conditio matris adeffet, quod uoluiffet uerifimiliter teftator illam excludere,ut puta,fi fuerit innimica taftatoris,uel quando adeffet conditio fubftituti,ut quando frater impuberis, filius ipfius teftatoris effet fubftitutus.

Hæc refponfio non eft confiderabilis, nam quando teftator aliquid reliquit uxori fuæ,& matri pupilli,uidetur feciffe in recompenfationem portionis fibi debite in bonis filii, & ideo eft de intentione teftatoris in compendiofa compræhendi pupillarem, ut dicunt Simon de Pretis,Pancirolus, & Menochius allegati in præcedenti confilio, eandem declarationem tenent Calcan. in conf. 48.nu.8.uerf.fecundo dicit,Iaf. in confil.132. columna penultima, lib. 1. Ruyn.in conf.218. num.21.lib.3.& in conf.68.columna quarta, uerf.fecundo idem probatur,lib.4. Rolandus a Valle in conf.69.in fine,lib.1.Thobias Nonius in conf.31. num.9. & Iacobus Menochius in conf.362.fub num.11. in uerf. quinto fuffragatur uolum. 4. & fic hæc fimplex præfumptio fufficit ad excludendam matrem, cum de teftatoris uoluntate pupillaris fub compendiofa in hoc cafu compræhendatur.

Hinc eft,quod Baldus in d. l.precibus, columna fecunda, uerf. item tacita probata, Dec.in conf.315.colum.2.uerf.fed ifta coniectura,& Ripa in l.2.in princip. num.55.ff. de uulg. & pupill. fubftitut concludunt,matrem cenferi exclufam per taciram pupillarem, quando teftator ei particulare aliquid legatum fecit, fiue igitur mater poft mortem teftatoris acceptet legatum, fiue non, certum eft eam de uoluntate teftatoris exclufam fuiffe per pupillarem in compendiofa de eiufdem teftatoris uoluntate compræhenfam quando igitur adfunt aliæ coniecturæ confiderate per partis aduocatum magis con-

conferunt, sed quod sine ipsis non sit vera supradicta conclusio, & quod simplex hæc præsumptio non sufficiat, non est dicẽdum, cum eam simplicem sufficere teneant omnes supradicti Doctores, & non est, qui contrarium teneat, non est igitur vllo pacto ab hac opinione tantorum Doctorum authoritate roborata in decisiuis discedendum.

Secundo dicebam non procedere quando plures filii sunt inuicem substituti, quia tunc pupillaris dicitur contineri etiam ad exclusionem matris in compendiosa substitutione.

Aduersus hoc videtur mihi, quod aduocatus partis fateatur, cum dicat supra dictam primam declarationem, quando aliquid relictum est matri pupilli, procedere, quando filii sunt inuicem substituti, prout est in casu nostro, nam natus erat unus filius, & alter oriundus erat secundum testatoris mentem, qui inuicem fuerunt substituti, igitur de mente testatoris in casu nostro pupillaris in compendiosa continetur ad exclusionem matris, & quod hæc simplex coniectura absque alia coniectura sufficiat ultra Simonẽ de Pretis, & Iacobum Menochium allegatos in præcedenti consilio, tenent Corn. in cons. 16. in fine, & in cons. 142. colum. 2. lib. 4. Dec. in l. in testamento, columna 2. uersic. secundo limitatur. C. de testam. milit. Cur. iun. in l. 2. numero undecimo. C. de impuber. & aliis substitut. & Paris. in consilio trigesimosexto, numero trigesimoquinto, libro secundo, non est igitur ob filacterias discedendum ab hac uera conclusione, quæ probatur in l. Lucius. ff. de uulg. & pupill. substitut.

Tertio dicebam non procedere quando pia causa est substituta, nam tunc sub compendiosa compræhenditur pupillaris etiam ad exclusionem matris.

Aduocatus partis allegat contra hoc Afflictum in d. decis. 367.

Hæc responsio est contra omnes Doctores, aduertendum est igitur primo, quod Afflictus non loquitur quando pia causa est substituta.

Secundo animaduertendum est, quod quando pia causa est substituta tunc pupillaris etiam matre existente in medio, & ad eius exclusionem, compræhenditur sub cõpendiosa substitutione, ut dicunt Ripa, & Rolandus a Valle allegati in primo consilio, & ultra eos hanc tenent Alexan. in consil. 12. colum. 5. in fine, volum. 3, Angel. & Paulus de Castro in l. precibus. C. de impuber, & aliis substitut. Alexan. in consilio 51. columna tertia, uers. 10. uolumine septimo, & Ruin. in cons. 121. col. 2. uol. 3. & in cons. 125. col. fin. uol. eod.

Tertio considerandum est, quod cum pro tertia parte fuerit substituta pia causa, & pro alia tertia parte cippus paternus, quod uti pupillaris contra matrem fauore piæ causæ compræhenditur in hac compendiosa, ita etiam compræhenditur respectu cippi paterni, ne diuerso iure eadem substitutio censeatur contra. l. eum, qui. ff. de usucap. & ita in terminis tenet Rolandus a Valle in consilio sexagesimonono, numero vigesimoseptimo, vol. 1. & hæc est uerissima conclusio, secundum quam indubitanter est decidendum.

Quarto, & vltimo dicebam non procedere, quando substitutio facta est in omnibus bonis, nam tunc pupillaris sub compendiosa continetur etiam ad exclusionem matris.

Contra hoc dicitur, quod Afflictus loquitur, quando substitutio facta est in omnibus bonis, & tamen fuit decisum pupillarem non contineri sub compendiosa ad matris exclusionem.

Hæc responsio non euitat declarationem, tum quia Afflictus non loquitur, quando substitutio facta est in omnibus bonis, & ne certum cum terra confundatur.

Hæc declaratio procedit quando per testatorem specifice dictum fuit, quod in omnibus bonis substituit, in quo casu non loquitur Afflictus, ut uidere est ex lectura ipsius, nullum enim uerbum est de hoc, tum quia decisio Afflicti est reprobata, & in Regno non seruatur, ut supradictum fuit.

Ex omnibus antedictis apparet in hac compendiosa pupillarem contineri, quæ pupillaris uerbis generalibus sub hac compendiosa compræhensa matrem a legitima excludit, quæ conclusio est uerissima, quando de bonis tantum patris agitur, ut in casu nostro, non autem filii infantis, in quibus paternis mater infantis non est priuilegiata. l. papinianus. §. sed nec impuberis. ff. de inoffic. testam. glosa notabilis in l. fin. in fine C. de institut. & substitut. Pau. de Castro in d. l. precibus, nu. 14. uers. sed non placet, tunc enim non agitur de luctuosa filij hæreditate, in qua mater est priuilegiata, d. l. fina. C. de institut. & substitut. tradit eleganter hoc Ioannes Cæphalus in cons. 538. nu. 8. uol. 4.

Firma est conclusio, matrem, legitimam in casu nostro, prætendere non posse.

Dicebam insuper fore a trebellianica, & a tota successione excludendam, quia hic in infantili ætate decessit, qui uti infans hæreditatem adire non potuit, ut habetur in l. si infanti. C. de iure delib. nec mater pro ea, cum non fuerit tutrix, nam hæreditatem infanti delatam, quando non adest pater, tutor adire nomine infantis debet dicta leg. si infanti.

Aduersus hoc dicebatur, quod adita erat hæreditas per pupillum, ex quo diu possessa fuit per tutricem, quo casu præsumitur authoritate tutoris adita, licet aliter non constet, Angel. in lege quod in aliena. §. 1.

§.primo, ff. de acquirend. hæredit. immo pupillus possessionem nanciscitur etiam sine tutoris authoritate Ias. & Aretin. in l. prima, §. adipiscimur. ff. de acquirend. possess.

Hæc responsio est inutilis, & sine sensu. Nam nos loquimur in infante, qui non potest adire, nec capere possessionem, cum careat sensu, ut est textus, & ibi Ias. Alexand. Aretin. & alii Doctores uno ore in d. §. adipiscimur, licet contrarium sit in pupillo maiore infante habens aliquem intellectum, qui potest sine tutoris authoritate solus acquirere possessionem, nam quando agitur de acquirendo non requiritur tutoris authoritas, vt institutio de authoritat. tutor. in princip. & l. non eo minus, C. de procurat. & mater ista non fecit se decerni tutricem, nec fecit inuentarium, nec alia sollemnia.

Nam ad hoc ut tutor, seu tutrix possit administrare, & gerere se pro tutore, seu tutrice, debet primo decernere tutelam etiam testamentariam, & illius administrationem cum decreto iudicis. Secundo inuentarium facere. Tertio satisdare rem pupilli saluam fore. Quarto iurare utilia facere, & inutilia pretermittere. Quinto promittere expresse defensionem pro pupillo suscipere, alias si prædicta non fecerit, & pro tutore, seu tutrice se gesserit, iudicium erit nullum & administratio inualida, etiam quod postea omnia prædicta fecisset, ut per Bartol. in l. legitimos, in princip. numero septimo, & sequent. ff. de legit. tut. late per Aretinum in §. actionum, numero trigesimotertio, in fine, & numero seq. instit. de action. Ruyn. in consilio uigesimonono, numero decimo, volumine quinto, & Stephan. Aufr. in additio. ad Capellam Tholosanam. decisione sexagesimatertia, cum igitur hæc mulier prædicta sollemnia non confecerit, non potuit uti tutrix nomine eius filii hæreditatem adire, nam paria sunt non adire, & adire, sed nulliter adire. l. quoties, ff. qui satisdar. cogant. & quod nullum est, nullum producit effectum l. quarta. §. condemnatum. ff. de re iudicat. & Rolandus a Valle in consilio septuagesimotertio, numero uigesimooctauo, uolumine secundo, & sic ultra, quod non adierit, si adiisset, pro ut hæreditatem non adiuit, aditio esset nulla. Quæ aditio non præsumitur, Roman. in consilio centesimoquinquagesimoquatto, numero secundo, & Vincentius de Franchis in decisione sexagesima, numero decimo. probatur in l. si pupillus, §. Iulianus. ff. de acquirend hæredit. & quando uxor post mortem uiri habitat in eius domo, dicitur iure familiaritatis habitare, Rolandus a Valle in consilio septuagesimoseptimo, numero 26. uolumine 1.

Immo ista mater, quæ data est tutrix in testamento, ex quo non fecit inuentarium, nec fecit sibi decerni administrationem, nec alios tutores petiit, perdidit hæreditatem filii, qui decessit in pupillari ætate, Bartolus in consilio 215 incip. An testamentum sit nullum, numero secundo.

Ex his uides omnino matrem hanc exclusam esse ab hæreditate, & a trebellianica.

A trebellianica, quia cum non fuerit adita hæreditas, non potest habere locum substitutio fideicommissaria, quæ euanescit instituto non adeunte. l. ille a quo. §. si de testamento, ff. ad trebell. & in terminis nostris ita concludit Ioannes Cæphalus in consilio 524. numero septuagesimo, uolumine quarto.

Ab hæreditate testatoris uti substituta excluditur, quia eam recusauit, & repudiauit.

Ab hæreditate filij similiter excluditur, si quam habet ultra bona paterna, quia uti tutrix testamentaria non confecit solemnia, & ita prout supra dixi consulo, & iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1. *Forenses tenentur ad solutionem collectarum pro bonis in alieno territorio possessis.*
2. *Onus soluendi collectas est personale, non reale. Infertur, nu. 3. 4*
5. *Ciues ex priuilegio dicuntur verè, & propriè ciues tam in fauorabilibus, quam in odiosis, & in statutis, in quibus fit ciuium mentio, & in quibus fit stricta interpretatio, & ideò immunitas ciuibus concessa habet locum etiam in ciuibus de nouo creati. declaratur, nu. 11. Infertur nu. 6. 7. 8*
6. *Statutum si dicat, quòd omnes ciues habeant tale priuilegium, & forenses non, si aliquis forensis effectus sit ciuis per statutum habebit eadem priuilegia, quæ habent illi, qui sunt ciues originaliter.*
7. *Statutum iniungens pœnam offendenti ciuem habet locum etiam in ciue ex priuilegio.*
8. *Iura loquentia de ciue habent locum in ciue ex priuilegio, sicut in ciue ex origine tam in fauoribus, quam in odijs. nu. 9.*

Consilium LXVII.

INter uniuersitatem terræ Apostæ, & inter uniuersitatem terræ Burboni in transactione inter ipsas uniuersitates inita adest capitulum tenoris sequentis, uidelicet.

Item conuenerunt, quod homines terræ Burboni habentes, vt supra possessiones intra territorium, & destrictum Apostæ, tamen allibratas, & extimatas in Catasto Burboni, non possint cogi ad soluendum extimum in terra Apostæ sed sufficiat ipsis secundum antiquum motem, & usum dictum

dictum extimum in dicta terra Burboni soluere,& idem ius seruetur de hominibus terræ Apostæ possidentibus terras,& possessiones intus territorium dictæ terræ Burboni allibratas tamen & extimatas in Catasto terræ Apostæ, quod de illis non possint cogi soluere extimũ in dicta terra Burboni, sed sufficiat illud soluere in dicta terra Apostæ iuxta antiquum stilum,& usum.

Stante hoc capitulo præsupponitur in facto, quod aliqui forenses ab hominibus terræ Burboni emerũt possessiones sitas in territorio Apostæ,quę erant allibratę,&extimatę in terra Burboni tempore prædictæ initę transactionis,dubitatur modo, An dicti forenses ex quo emerunt ab hominibus terræ Burboni a solutione collectarum immunibus teneantur ad collectarum solutionem uti bona tenẽtes uirtute capituli Regni,incipientis,in singulis ciuitatibus,& quia forenses sunt duplicis generis in casu isto. Nam sunt quidam simplices forenses, Quidam uero sunt, qui litteras ciuilitatis a dicta uniuersitate Burboni habent, ideo duo dubia oriuntur.

Primum est,quid concludendum sit in forensibus simplicibus.

Secundum est,quid sit decidendum in forensibus a dicta terra Burboni litteras ciuilitatis habentibus.

1 In primo dubio concludendum est forenses obligatos esse ad solutionem collectarum pro bonis possessis in territorio Apostę, licet ea emerint ab hominibus terræ Burboni,& tempore initę transactionis essent allibratæ, & extimatę in catasto Burboni, & ratio est.

2 Quia hoc onus soluendi collectas personæ,non rei inhęret,ut tenent glos.in l.prima, C. de indict.lib. decimo, in l.incola ex his,ff. ad municipal.& in l.omne territorium C.de transit. & perequat. lib.undecimo, Bartol.in l.prima,columna quinta, uersic. uenio ad secundum, Cod.de muliet. & in quo loco lib. undecimo,& in l.prima C. de Apoc. public. libro decimo, Bald. in l.placet.Cod.de sacrosanct.eccles.Paul.de Castro in l.imperatores, ff.de publica. & in l. secunda, Cod. sine censu,vel reliquis,& Aret.in consilio 105.

Cum igitur onus sit personale, persona attenditur & non res,& sic huiusmodi res qualitatem personarum assumunt, ad quas deueniunt,c.nouerint.10. q.prima,& can.nouarum,12.q.1.

3 Ideo est, quod bona oneri collectæ non subiicienda propter personam priuilegiatam, collectæ possunt subiici, si deueniant ad personam non priuilegiatam argumen.l. prima, C.de imponend.lucrat.describt.libro decimo, mutata enim conditione personæ, mutatur conditio rerum,qua de re,sicut pro illis persona priuilegiata suo priuilegio gaudere potest,l.fiscus. ff.de iure fisci, & l. cum quidam. §. si debitores, de usur.& capitulo primo.§.uerum,de iure patronat.libro sexto ita per contrarium, si bona oneri non subiicienda propter personæ priuilegium, si ad personam non priuilegiatam perueniant oneri possunt subiici,quia mutata conditione personæ, bonorum conditio mutata censetur.l.ultima,ad finem.Cod. de inoffic. testamen. & clarius in l. Paulus respondet, ff.de acquiren.hæred.

4 In istis enim collectis imponendis mutata persona, mutatur status rei,& consideratur qualitas noui possessoris, Archidiacon. & Ioan. Andr.in cap. primo, de immunitat. Eccles.lib.sexto, & hinc est, quod res de nouo acquisitæ,seu bona de nouo acquisita, naturam & conditionem primæuam perdunt, & nouam recipiunt secundum conditionem personæ,cui applicantur de nouo. l.licitatio.§.fiscus,& §.mercator. ff. de public.uectigal.& commiss.

Qua de re, licet pro dictis possessionibus sitis in territorio Apostæ,allibratis tamen,& extimatis in catasto terræ Burboni, ipsi homines de terra Burboni uirtute initæ transactionis non teneantur ad solutionem collectarum,tamen forenses, qui emerunt dictas possessiones allibratas & extimatas in ipso catasto Burboni propter mutationem personæ tenentur pro illis uti bona tenentes soluere collectas in terra Apostæ cum ipse possessiones in territorio Apostę sitę existant.

Et hanc opinionem in terminis istis tenent Alexand. in consilio trigesimoquinto, numero decimoquinto, uolumine quarto. Ioan. Andr.in addit. ad specular. in titulo de censibus.§.nunc dicendum, in addit.magn. uersicul. tractauit Vbertus, Ias.in consilio uigesimo, libro primo Dec. in l. in omnibus causis,ff. de regul.iur.in fine, Brunus in consilio nonagesimoquarto, & Laurentius Siluan.in consi.32.& ibi post dictum consilium Oldradus.

Est igitur intrepide decidendum secundum hanc opinionem.

5 In secundo dubio, uidetur prima facie dicendum,forenses ciues effectos a terra Burboni debere gaudere immunitate circa collectarum solutionem, prout gaudent alii ciues originarii in terra Aposte pro bonis allibratis, & extimatis in terra Burboni tempore initæ transactionis, & possessis in territorio Apostæ,& hoc infra scripta ratione.

Ciuilitas acquiritur etiam ex decreto & ex priuilegio Bartol. in l. assumptio, §.filius. ff.ad municipal.& in l.libertus.§.patris, eod. titul.Bald.in l.prima. C.de municip.& originar.libro decimo. Lucas de penna in l.ciues, columna tertia. Cod.de incol. libro decimo. Decius, in consilio 661. Berous in consilio 155. numero trigesimoseptimo, uolumine

secundo, & Ruin. in consilio 200. uolumine secundo.

Ideo isti ciues ex priuilegio dicuntur ueri ciues, Bald. in l. in urbe, in princip. ff. de stat. homin. & non minus proprie, quam originarii, cum efficiantur ita ciues per creationem, sicut per originem, l. prima, ff. ad municipal. & l. ciues, Cod. de incol. & cum dicta iura loquantur tam de nato, & originario, quam de creato, & pariformiter eos ciues appellet, propterea isti originarii proprie ciues appellentur, ita etiam & creati argum. l. iam hoc iure, ff. de uulgar. & pupill. substitut.

Et quod sint ueri ciues tenent Alexand. in consilio 106. columna tertia, uolumine secundo. Aretin. in l. secunda, in princip. columna penultima in uersiculo tu autem aduerte, ff. de uerbor. obligatio. Ruin. in consilio 227. numero secundo. uolumine primo. Parif. in consilio 71. nu. 9. uolumine 1. Ias. in l. si is, qui pro emptore. ff. de usucapio. Laurentius Syluan. in consilio primo, numero nonagesimo, uersiculo dico igitur, Afflict. in decis. 384. numero decimoquarto, & Bartol. clarissime omnium in consilio sexagesimosecundo, punctus talis, ubi ait, esse ciuem, non esse actum naturalem, sed ciuilem, & fieri quandoque inspecta origine, quandoque inspecta dignitate, & aliquando per adoptionem dict. l. ciues, C. de incolis, lib. decimo, omnes tamen uere, & proprie sunt ciues, ut per eum.

6 Hinc est, quod si statutum dicit, quod omnes ciues habeant tale priuilegium, & forenses non, quod si aliquis forensis effectus est ciuis per statutum, quod habebit eadem priuilegia, quæ habent illi, qui sunt ciues originaliter, ita Bald. in dicta l. in urbe, dicit tenere Cynum & per l. sed si hæc. §. sed si ius annulorum, ff. de in ius uocand.

7 Hinc etiam est, quod si statutum iniungat pœnam offendenti ciuem, habet etiam locum in ciue ex priuilegio, Boer. decisione 260. numero uigesimotertio, ubi Geminianum, Alexandrinum & alios citat, tradit etiam Bald. in l. tertia, §. hæc uerba. ff. de negoc. gest. quia uera ciuilitas ita potest induci per statutum, sicut per originem, cum ciuilitas habeat sub se plures species, & omnis species sit uera species, d. l. ciues, C. de incolis lib. 10.

8 Et hinc etiam est & ultimo aliis ommissis, quod omnia iura loquentia de ciue, habent locum in ciue ex priuilegio, sicut in ciue ex origine, qui stat continue in ciuitate, Marsil. in consilio centesimouigesimoseptimo, numero secundo, Barbat. in consilio octuagesimoseptimo, columna secunda, uolumine tertio, & Socin. in consilio 129. columna secunda, uersiculo tertio hoc probatur, uolum. 1.

9 Et hæc conclusio procedit non solum in fauoribus, sed etiam in odiis, ut dicit Bald. in l. cum ex oratione. ff. de excusatio. tutor. ubi per illum textum ait, quod paria sunt qualitatem alicui naturaliter inesse, uel per priuilegium, & ideo infert, quod eo ipso, quod comitatiui sunt recepti ad ciuilitatem, debent tractari, ut ueri ciues, & non solum in fauoribus, sed etiam in odiis, quod est mirum secundum eum.

10 Hac ratione cum supradictis illationibus non obstante, contrarium est uerius, id est, quod forenses, qui litteras ciuilitatis habuerunt ab uniuersitate terræ Burboni non comprehenduntur sub dicto capitulo, & hoc ex infrascriptis.

Primo, ciues ex priuilegio, cum sint ciuiliter, & non naturaliter ex eo, quod non sint natiuitate, uel origine, ideo non comprehenduntur sub hac ciuium dispositione. l. fin. C. de his, qui uen. ætat. impetrauer.

Secundo probatur ex illis uerbis, homines terræ Burboni, nam illis, propie nomen patriæ conuenit, qui inde ducunt originem, Bald. in l. si non speciali. C. de testam.

Tertio probatur, quia ciuium appellatione proprie & stricte dicuntur contineri tantummodo originarii, non autem ciues ex priuilegio gloss. in l. ciues. C. de incol. lib. decimo, glo. ultima, l. prima, in fine, ff. de tutor. & curator. datis ab his, quam appellat singularem Bald. in auth. sed omnino, columna quarta, uersi. sed hic dubitatur. C. ne uxor pro marito, & in l. ciues. C. de Appellat. Aretin. in consilio septuagesimoseptimo, in princip. in uersiculo circa primum dico, & Boer. decisione decimatertia, numero uigesimoquarto, & hęc opinio communiter recipitur, igitur sub dicto capitulo transactionis non dicuntur contineri ciues isti creati ex priuilegio, ex quo transactio est stricti iuris, gloss. & Doctores in §. actionum, institu. de action. & in materia stricti iuris uerba proprie sunt intelligenda. l. quicquid astringende. ff. de uerbor. obligat. l. prima, C. si plures una sent. & l. si iudex, ubi doctores, ff. de his, qui sunt sui uel alien. iur.

Quarto, & ultimo probatur, uniuersitas enim terræ Burboni in litteris ciuilitatis, non præsumitur, quod uoluerit præiudicare, l. secunda, §. merito, & §. si quis a principe, ff. ne quid in loco publico, l. nec auus, de emancipat. liber. Barr. in l. gallus, §. & quid si tantum ff. de liber. & posthum. & Paul. de Castro in l. si titius, eodem titulo, & præsertim tam grauiter præiudicare, ut in casu nostro, ubi ista priuilegia sunt perpetua, quo casu graue dicitur præiudicium in l. quoties. C. de precibus imperator. offerend. qua de re non præsumitur litteras ciuilitatis concessisse in præiudicium terræ Apostæ circa solutionem collectarum.

His

His ueriſſimis ſtantibus non obſtat ratio in contrarium adducta, nam dum dicebatur, quod ciues ex priuilegio dicuntur uere, & proprie ciues tam in fauorabilibus, quam in odioſis,& in ſtatutis, in quibus fit ciuium mentio,& in quibus fit ſtricta interpretatio, & quod ideo immunitas ciuibus conceſſa locum habet etiam in his ciuibus de nouo creatis.

Quia reſpondetur & primo, quod procedit, & locum habet in his, in quibus huiuſmodi fauores,& alia prouenniunt ex ipſius ciuitatis, ſeu terræ conſtitutionibus, & in quibus ciuitas diſponere poteſt, & non in his, quæ habent ciues aliunde, quam ex conceſſione ciuitatis, ſeu terræ, ut puta reſcripto principis, ſeu Papæ, nam tunc non habentur, nec tractantur, vt Ciues, ſeu pro ciuibus, ita tradit Bartol. in l. ſi maritus, §. legis iuliæ, ff. de adulter. idem dicit Roman.in conſi.62.col.pen. verſ. quod autem ceſſant,vbi ſic ait;iſti autem Ciues ex priuilegio effecti omnibus his commodis,fauoribuſque potiuntur, quibus & ipſi Ciues originarii, dummodo fauores illi ex ipſius Ciuitatis cōſtitutionibus proueniant, cum dictis concurrit Crotus in rubr. ſoluto matrimonio,num.44.vbi dicit,quod ſicut ciuis Peruſinus ex priuilegio non conſequitur commodum conceſſum ciuibus peruſinis ab alia ciuitate,ut per Bart.in d.§. legis iuliæ, ita nec incommodum repræſeliarum, quæ ſunt conceſſæ contra Peruſinos ciues, quoniam uerba prolata in diſpoſitione fauorabili,in dubio intelliguntur naturaliter,non autem ciuiliter, l ſtatius. §. cornelio,ff.de iure fiſci,& l.fin. C. de his,qui ven.ætat. impetrauer. Idem tenet Berous in conſ.104. num.6. vol.1.ubi ait, quod concordia inita inter prælatos, & clericos ex una, & Ciues Rauennæ ex altera inita, quod finita linea prælati, & clerici, teneantur emphyteuſim concedere hæredibus,& illius,quibus emphiteoſis conceſſa fuiſſet, locum non habet in ciuibus ex priuilegio creatis per illam Ciuitatem, eandem concluſionem tenent Grat.in conſi.61. nu.42.lib.1. Alciat.de verbor.ſignificat.lib.2. num.12.& in reſponſo.53.num.14. & Gerar. Mozzol.in conſil.93. per totum,& maxime in fine. Sed in caſu noſtro immunitas conceſſa ciuibus non conceditur ex conſtitutione terræ Burboni, ſed ex conceſſione facta in tranſactione per terram Apoſtæ.igitur forenſes ciues creati non ſunt reſpectu huius immunitatis uere, & proprie ciues, nec pro ciuibus habentur,& non gaudent immunitate prout originarii ciues.

Secundo reſpondetur, quod non procedit, nec habet locum, quando immunitas conceſſa eſt hominibus,ſeu ciuibus alicuius patriæ,puta ut in caſu noſtro, Burboni, nam tunc illis proprie conuenit nomen Patriæ, qui inde ducunt originem, ut ff.de excuſat. tutor. l.ſed reprobari,in verſ. amplius,in verbo,concauus,iuncta gloſſ.ibidem,tradit Bal. in l.ſi non ſpeciali.C.de teſtam.

Hinc eſt, quod Bald. in l. ciues. C. de Appellat.dicit, quod repræſalie contra ciues Peruſinos proprie comprehendunt ciues originarios,idem Bald. in l.prima, §.ius naturale, ff.de iuſtit. & iur. in auth.omnino, columna quinta, C.ne uxor pro marito, & in prohemio ſforum,columna tertia. Paul. de Caſtro in l. ſi eadem,in fine. ff.de aſſeſſor. Alexand. in conſilio 150.uolumine ſecundo. Aretin.in conſil.77.& doctores in rubr. ff. ſolut.matrimon.& idem expreſſe uoluerunt Bart.Bald. & Alber.in l.prima,in fine,ff.de tutor. & curat. datis ab his, ubi colligunt argum. illius textus, quod illi proprie dicuntur eſſe de aliquo loco, qui ſunt de illo loco ratione originis,& allegant tex. in dicta l.ſed reprobari, in verſic.amplius, in uerbo, concauus,ubi Baldus etiam hoc notat, ſed in caſu noſtro immunitas non ſoluendi collectas conceſſa fuit hominibus terræ Burboni, igitur habet locum tantum in hominibus originariis dictæ terræ, & non in forenſibus, quia dicta terra Burboni litteras ciuilitatis habuerunt.

Et hæc concluſio eſt ueriſſima, & tanto magis, quando quis aſſumptus in ciuem, non ſubit onera in terra,in qua litteras ciuilitatis habuit. Nam qui non ſentit incommodum ſubſtentationis onerum, nec commodum quidem ſentire debet, Paul.de Caſtro in l.omnes populi, in fine. ff. de iuſtit. & iur. Roman.in conſilio 123.& Alex.in conſilio 44. libro quinto, qui proprie loquuntur in forenſibus factis ciuibus, quos in ciuibus de nouo creatis ſequitur Ioannes Cæphalus in conſilio 451. numero 165. cum ſeqq. uolumine 4.

Ex prædictis concludendum eſt forenſes ciues effectos a terra Burboni ſoluere debere collectas vti bonatenentes in terra Apoſtæ pro poſſeſſionibus,quas emerunt ab hominibus terræ Burboni, & ſitis in territorio Apoſtæ, licet tempore inite tranſactionis ipſe poſſeſſiones eſſent allibrate, & extimate in Cataſto Burboni,pro ut in ſimilibus terminis conſuluit Rolandus a Valle in conſilio ſeptuageſimonono,uolumine tertio, & licet Ioannes Cæphalus in conſilio 451. uolumine 4. conſuluerit contra Rolandum a Valle,tamen in terminis caſus noſtri concurrunt ambo in fauorem noſtræ opinionis, & ita etiam dico, & iuris eſſe cenſeo, & conſulo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SVMMARIVM.

1 *Conditiones in testamento appositæ inducentes perpetuam viduitatem perpetuam spernendæ sunt, & num.6.*
2 *Triplex est conditio legandi quo ad viduitatem, & quam reijciatur, vel non, uide nu. 3. 4. 5.*
7 *Institutio hæredis si fiat ad diem incertum intelligitur vt ex tunc incipiat esse hæres, non autem eos tunc destinat esse directo, sed per fideicommissum.*
8 *Institui aliqui potest hæres in fenestra vsque ad certum tempus, & post illud alius, in eodem semisse & aliquis institui potest in semisse simpliciter.*

Consilium LXVIII.

LOgistilla, Laodomica, Antonia, & Antima fuerunt hæredes institutæ una cum N. Iosepho eius filio donec permāserint innupte, & in domo ipsius testatoris, & dum nuptui tradentur, dispositum per testatorē fuit, quod careant prædicta hæredis institutione, relinquendo cuilibet ipsarum ducatos mille papales.

Dubitatur primo, an conditio in ipsa institutione apposita valeat.

Et si ualet, quomodo institutio intelligatur.

1 In primo dubio sciendum est illas conditiones, id est, primam, donec permanserint innupte, & in domo ipsius testatoris, & secundam, & dum nuptui tradentur, careant prædicta hæredis institutione, esse inductiuas uiduitatem, & ideo non ualere, & spernendas esse, quia conditiones, quæ mulieribus viduitatem inducunt, spernendæ sunt. l. cum ita. ff. de condit. & demostrat. & ideo remanent pure, & simplices hæredes, & conditiones illæ appositæ, perinde habentur, ac si appositæ non fuissent. l. quoties, & ibi Soc. ff. de condit. & demostrat. quod procedit etiam de iure canonico, Ruin. in consil. 189. nu. 2. & 3. cum seqq. vol. 2.

Hæc conclusio non est correcta per tex. in auth. cui relictum. C. de indict. uiduitat. tollend. nam dicta auth corrigit tantum dicta l. cum ita, d. l. quoties, & legem Codicis in nupta, & non in virgine, & sic in uidua conditio uiduitatis non spernitur, sed bene in uirgine, ita dicit glossa in d. auth. cui relictum, & fuit opinio Io. quam tenet Azzo in summa illius tituli, & eam dicit esse communē, & eam sequitur Andreas de Isernia in cap. imperialem in 5. colum. de prohibita feud. alienat. per Federic. & eandem opinionem in d. auth. cui relictum, vti ueriorem sequuntur Bart. Bald. Paul. de Castro, & Iason.

Cum igitur dictæ conditiones inducant uiduitatem, & simus in uirginibus, concludendum uidetur eas fore reijciendas, & perinde haberi ac si appositæ non fuissent, & consequenter quod sint pure, & simplices hæredes una cum dicto N. Iosepho earum fratre.

2 Hac ratione non obstante, concludendum est ualidas esse dictas conditiones, & pro ueritate sciendum est, esse tres modos legandi, vel triplicem conditionem.

3 Prima conditio est, si non nupserit, & hæc inducit uiduitatem, & reijcitur de legato facto virgini, non uiduæ, glos. in d. authent. cui relictum.

4 Secunda conditio est, si ad uiduitatem peruenerit, vel cum peruenerit, & ista non reijcitur, ideo antequam perueniat, legatum peti non potest, & licet non perseueret, non perdit. l. 3. §. sed quia, & ibi Paulus de Castro. C. de indict. uiduitat tollend.

5 Tertia, & ultima conditio est, quando relinquitur alicui, quousque vidua erit, uel in uiduitate perseueret, & ita conditio nō reijcitur, quia non inducit uiduitatem perpetuam, sed ad tempus, non enim prohibet testator, ut nō nubat, sicut prohibet in prima, sed vult, quod habeat, quousque non nupserit, & postea non, ita tradit Paul. de Castro in d. §. sed quia, idem dicunt Bart. & cæteri per illum textum in l. sed si hoc. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. Soci. in l. mulieri, & Titio, num. 11. uers. primo limita, eod. tit. & secundum eum ibi in uers. tertio limita, illa iura etiam hodie procedunt in primis nuptiis, gl. in d. auth. cui relictum, & ibi Ias. in terminis concludit, legatum relictum virgini, si non nupserit infra xx. annum, sibi non deberi, si nubat prius, & idem expresse cōsuluit Aret. in consi. 67. colum. 1. uers. uenio ad primum, refert, & sequitur Dec. in l. nuptias, num. 9. ff. de reg. iur. idem sensit Roman. in rubr. ff. solut. matrimon. sub num. 31. uers sicu. item quia.

Ex his apparet, quod cum dictæ mulieres, & virgines hæredes institutæ fuerint quousque innupte permanserint, & in domo ipsius testatoris, quod dicta conditio non reijcitur, nec illa alia, quod dum nuptui tradentur, careant prædicta hæredis institutione.

6 Nec obstat ratio in contrarium adducta, quia procedit in conditionibus inducentibus uiduitatem perpetuam, & non ad tempus, præcipuè incertum ut supra dictum fuit.

In secundo dubio dicendum est postquā nuptui traditæ fuerunt, eas grauatas fuisse restituere partes hæreditatis Notario Iosepho cohæredi detracta prius per eas trebellianica & ratio est.

7 Quia hæc institutio est facta ad diem incertum, id est, usque quo permaneant innupte, & in domo testatoris, & quamuis quis institui possit ad diem incertum, tamen hoc intelligitur, ut ex tunc incipiat esse hæres, nō autem potest institui, ut ex tunc desinat esse hæres directo, sed per fideicommissum sic.

l. ex

l. ex facto, in princ. ff. ad trebell. l. filius, uersi. ut quis hæredem. ff. de lega. 1. & l. miles, ff. de testam. milit.

2 Ideo si aliquis institutus est ex semisse usque ad pascha, alius in eodem semisse institutus post pascha, alius in semisse simpliciter, valebit talis institutio, Bartol. in l. hæreditas ex die. ff. de hæreditate instituendis, & in hoc dicto Bartolus communiter approbatur, & ibi per scribentes, & in l. extra[illegible]m. C. de hæred. instituend. est bene uerum, quod ratio ibi adducta per eum communiter reprobatur, ut dicunt Imola, & Alex. ibi, & Doctores communiter post Baldum in d. l. extraneum, ubi concludunt, quod tali casu primus erit hæres directo usque ad Pascha, alius post Pascha erit hæres per fideicommissum, & sic illæ primus institutus ad tempus censetur grauatus per fideicommissum post illud tempus restituere secundo instituto, ut plene declarat Corn. in d. l. extraneum, colum 2. uers. 2. principaliter dicit Bald. & ibi Alex. colum. 3. uers. quærit etiam hic Baldus ubi dicit hanc opinionem esse æquiorem, & plene tangit Paul. de Castro in l. certi iuris. C. de testam. milit. & propterea censetur cohæredi grauatus restituere detracta Trebellianica, ut expresse dicunt Corn. in d. l. extraneum, Socin. in cons. 14. sequendo ordinem, colum. 3. & seq. uol. 1. Paril. in cons. 69. uol. 2. & Paulus de Castro in cons. 241. in 2. parte, in nouis.

Ex his conclusionibus sequitur, quod dictæ logistilla, Laodomia, Antonia, & Antima dicuntur hæredes institutæ, & grauate per fideicommissum restituere earum partes hæreditatis cohæredi, detracta Trebellianica, immo non solum debent habere Trebellianicam, sed etiam fructus hæreditatis perceptos usque quo nuptui tradite fuerunt ut expresse dicit Pau. de Castro in d. l. 3. §. sed quia. C. de indict. viduit. tollend.

Et ita iuris esse censeo, & consulo.

Ego Alexander Trentacinque V. I. D.

SVMMARIVM.

1 Mater, quando habet filium in pupillari ætate constitutum, quem non fecit de tutore prouidere, antequam ante annum luctus ad secundas conuelaret nuptias priuatur omni successione filij in pupillari ætate mortui. An autem priuetur, si fecit de tutore prouidere, vide nu. 2. de quo deserit vsque ad finem.

Consilium LXIX.

Qvidam in suo testamento eius filium hæredem instituit, & si in pupillari ætate moreretur pro quarta parte instituit eius uxorem, quæ mortuo filio in pupillari ætate infra annum luctus ad secundas transiuit nuptias, quæsitum fuit, an dictam quartam partem hæreditatis uiri consequi possit.

Pro resolutione huius quęsiti dixi duos fore considerandos casus, quorum.

Primus est, quando mater habet filium in pupillari ætate constitutum, quem non fecit de tutore prouidere antequam ad secundas infra annum luctus conuolaret nuptias.

Secundus casus est, quando fecit filio pupillo constituere turorem, & deinde ad secũda uota infra annum luctus transiuit.

1 In primo casu mater priuatur omni successione filii in pupillari ætate mortui l. 1. & ibi Doctores. C. de secund. nupr. Alber. in l. itaque num. 5. C. commun. de success. Bald. in cons. 365. mater, quæ transiuit ad secunda uota volum. 4 Guid. Pap. in cons. 179. num. 2. Laurent. de Pinu in cons. 32. num. 3. & Viuius in decis. 460. lib. 3. Qui dicit procedere etiam si post annum luctus transeat ad secundas nuptias non petito tutore filio in pupillari ætate mortuo, & ait ita fuisse in uariis causis occursis decisum in Regia Audientia Apulię, & Comitatus Molisij, & in sacra Audientia Barensi, idem tenet ipse Viuius in decis. 433. per totum, lib. 3.

Ratio est, quia pœna imposita propter culpam matris non censetur sublata, ut est, quãdo agnouit tutelam, & non petito tutore transiuit ad secunda uota, sicuti habetur in l. omnem. C. ad tertull. ita tradit Abb. in c. ecclesia Sanctæ Mariæ, extr. de constitut. & ibi eum sequitur Mantua.

2 In secundo casu licet de iure ciuili priuetur relicto facto sibi a uiro, ac etiam substitutione, & hæreditate uiri uirture testamenti per l. 1. & 2. C. de secund. nupt. tamen secus est de iure canonico, ut dicunt canonistæ, & quia hæc quæstio depender ab ea conclusione. An pœnæ impositæ mulieri transeunti infra annum luctus sint hodie de iure canonico sublatæ.

Ideo uidendum est, quæ opinio de iure sit uerior, & pro resolutione sciẽdum est, quod duæ sunt Doctorum opiniones.

Prima est, quod de iure canonico sunt sublatæ, quam opinionem tenent glossa, Innocentius, Hostiensis, Ioannes Andreas, Cardinalis, Petrus de Ancharano, Antonius de Burrio, Henricus Boic, Bartolus, Salycetus, Angelus, Albericus, Cynus, Baldus, Ioannes Faber, Iacobus de Beluisio, Decius, Paulus de Castro, Dominicus, Aretinus, Corneus, Felinus, Ioannes de Barro. Ripa, Federicus de Senis, Ioannes de Anania, Bologninus, Romanus, Abbas, Capra, Goffredus, Socinus, Alexander, Curtius iunior, Curtius senior, Guido Papæ, Bertrandus, Brunus, Aymon Crauetta, & Gratus, quos in eorum locis

eis refert Antonius Gabrielij in suis communibus conclusionibus in lib. 3. in titu. de secundis nupt. conclus. 5. eandem conclusionem tenēt Couarru. in 2. parte relect. in §. 9. sub num. 5. Boerius in decis. 186. Antonius Rosell. in tract. de successiō. ab intest. num. 194. & 195. vbi dicit, quod ita tenent communiter omnes Canonistæ, & Mantua in c. ecclesia Sanctæ Mariæ sub nu. 29. ext. de constitut.

Mouentur dicti Doctores ex pluribus.

Primo. Mulier utitur potestate sibi ab Apostolo concessa 1. ad Thimot. cap. 8. ubi ait, quod mortuo marito, mulier nubat in domino, cuius conclusio a canone approbata fuit, vt patet in cap. pen. & in c. fin. extr. de secund. nupt. si igitur priuaretur relicto sibi a uiro facto, seu substitutione uulgari seu fideicommissaria uirtute testamenti viri, reperiretur decepta legis authoritate, & male contra l. fin. C. de his, qui uen. ætat. impetrauer. l. delictum. C. ex quib. caus. infam. irroget. contra l. gracchus. C. ad leg. Iul. de Adulter. c. qui peccat, 23. q. 4. & contra cap. quod legitimæ factum est, de reg. iur. in 6.

Huic rationi respondetur, quod lex ciuilis non disposuit super matrimonio prohibēdo non posse infra annum luctus nubere, præcise enim super hoc non disposuit, sed tantum disposuit circa lucrum mulieri auferendum, quod vir contulerat, quod facere potuit, vt tradit Bald. in lege omnem in fine. C. ad Tertull. & licet contra Baldum sit communis opinio, tamen glossa Parisiensis super consuetud. Paris. titu. 10. in rubrica, dicit, quod erant tenentes opinionem contra Baldum, pro qua responsione facit glossa notabilis in c. cum secundum, in uerbo, certoque casu, de hæretic. in 6. quæ uoluit, quod si lex ciuilis muleri contrahenti certo modo matrimonium, imponat pænam priuationis iuri delati a lege ciuili eidem mulieri, erit talis lex seruanda, quo ad dictam pęnam in terris non subiectis iurisdictioni temporalis ecclesię, quamuis de iure canonico sit inductum, quod tale matrimonium licite contrahatur, & cum illa glos. transeunt ibi Io. And. Anton. de Butr. in ca. 1. de sponsalibus, Alex. in cons. 3. num. 13. uolum. 7. & Salycet. in l. 1. C. de rapt. uirg.

Secundo mouentur. Lex ciuilis in d. l. 1. & 2. C. de secund. nup. non potuit disponere, seque intromittere in spectantibus ad Ecclesiam, ex quo de his cognoscere non potest. c. lator, qui filii sint legit. ca. tuam, de ordin. cognition. Barto. in l. titia. ff. solut. matrimon. & in l. 1. & in l. fina. ff. de iurisdict. omn. iud. & in c. 2. de constitut. in 6.

Huic rationi respondetur, quod verum est, quod lex ciuilis non potuit, nec potest disponere in spectantibus, & pertinentibus ad ecclesiam, hoc est super matrimonio, sed in casu nostro non fuit dispositum super matrimonio, sed super hæreditate ei per uirum relicta, nam tu scis, quod testator censetur se conformare cum dispositione iuris communis Bart. in l. Titio. §. Titio genero. ff. de condit. & demonstrat. & Crauetta in cons. 180. Vnde cum per l. 1. & 2. fuerit dispositum, quod mulier lucro priuetur, si infra annum luctus nubat, igitur præsumitur testatorem hæreditatem conditionaliter dedisse, si non nubat infra annum luctus, ergo nubendo secus, ex quo conditio deficit. & non debetur. l. cum ita legatur. ff. de condit. & demonstrat.

Et si dicatur, quare potius præsumatur testatorem se conformare uoluisse cum dispositione legis ciuilis, & non cum determinatione iuris canonici.

Respondetur, & imprimis, negando per ius canonicum fuisse correctas dictas leges. 1. & 2.

Secundo, tu scis, quod anima defuncti cōtristatur, quando eius mulier secundo nubit, §. quæ vero nunc sequitur. Authent. de nupt. Ideo præsumendum est testatorem, si cogitasset hanc festinantiam contra bonos mores, nihil uxori reliquisse, quod forte considerans Iurisconsultus in dict. l. 1. & 2. illud introduxit, qua de re potius censendum est in hoc se conformare uoluisse cum dispositione iuris ciuilis, & non cum determinatione iuris canonici ex quo non continet peccatum, & est contra mores, & consequenter contra eius tacitam uoluntatem.

Tertio, & ultimo mouentur per text. in c. fin. ex tr. de secund. nupt. eum tripliciter inducendo.

Primo, dum ibi dicitur, quod mulier nullam iacturam sustinere debet, igitur indistinctę pęnæ sublatæ sunt.

Hæc inductio non obstat, quia ibi iactura considerata est circa infamiam, nam hæc sūt verba textus, non debet legalis infamiæ sustinere iacturam.

Secundo inducitur in verbis illis, & nubendi cui vult tantum in domino liberam habeat facultatem, quæ uerba indicant nulla pęna cohereceri debere, quoniam intimidaretur matrimonium, nec voluntas hoc modo foret libera. c. gemma, extr. de sponsal. & l. Titia. ff. de verb. oblig.

Hæc inductio non obstat, quia per legem ciuilem non prohibetur matrimonium, nec illud ex dispositione in d. l. 1. intimidatur, quia hoc uerum foret, quando lex hoc principaliter consideraret, sed considerauit solum lucrum tolli posse, quod testator contulit ex præsumpta eius voluntate, & hoc attenditur arg. l. si quis nec causam. ff. si cert. petat nec obstat tex. in d. c. gemma, quia loquitur in appositione pęnæ, & nos in lucro tollendo, quorum non est par eademque ratio. l. fin. C. de codicill. Et si dicatur, quod cū lucrum fuerit acquisitum mulieri, idem de

co

eo iudicamus, quod de damno Alex. in l. 3. ff. de damno infecto, & Iaf. in l. pen. in not. C. de pact. probatur in l. si libertus octuaginta. ff. de bon. liber.

Respondetur hoc verum esse si irreuocabiliter mulier lucrum acquisiuisset, sed acquisitum est quodammodo sub conditione id est si infra annum luctus non nubat, vt supra dictum fuit, sed conditio nihil ponit in esse, igitur in casu nostro tractatur de lucro, & non de damno, facit ad propositum quod notatur in l. fin. ff. de pact.

Tertio inducitur in considerando modū arguendi, quo vtitur tex. in d. c. fin. dum inquit, cum liberam habeat potestatem, non debet sustinete pęnam legalis infamię, quę ratio in qualibet pęna concludit.

Hæc inductio similiter non obstat, quia loquitur respectu infamiæ, & si dicatur, quod ratio libere potestatis contrahēdi t ma trimonium uti excludit pęnam infamiæ, ita excludere debet alias pęnas ob identitatem rationis.

Respondeo quod maior ratio est respectu infamiæ, quam respectu ammissionis lucri, cum maior pena sit pęna infamiæ. l. quid ergo §. pęna grauior. ff. de his qui notant. infam. causa enim infamiæ dicitur criminalis, & ideo procurator in ea nō admittitur, Bart. in l. post, & glossa in l. planè. ff. de excusat. tutor. non pęna infamiæ est corporalis vt dicit Bossius in suo tractatu criminali in titu. de Carcerato fideiussionibus committendo, num. 8. & pęna corporalis quælibet læuis maior est quæcunq; pecuniaria. l. in seruorum, in fine. ff. de pen. cum igitur sit maior pœna infamiæ, quam ammissio lucri, ratio scripta in d. cap. fin. uti militat in pęna infamiæ, non militat in ammissione lucri, & ideo de uno ad aliud non tenet argumentum, pro qua responsione facit, quia in legibus correctoriis non est licita extensio etiam ex maioritate rationis, textus est iuncta glossa in authent. quas actiones. C. de sacrosanct. eccles. & ibi habetur per Bart. Bald. & Doctores, est bonus textus in l illam, & ibi hoc notant, Bald. Paul. de Castro, Alex. & alii doctores. C. de collat. tradit, & bene Aeuerardus in sua centuria in loco a ratione legis larga ampla, in litera C. in vers. secūdo casu, cum igitur nos simus in correctoriis de vna pęna ad aliam non permittitur extensio, & maxime cum maior sit ratio in uno casu, quam in alio.

Cum igitur supradicta opinio nulla lege, vel ratione nitetur, cui commode responderi non possit, ideo secunda est opinio superiori contraria, id est, quod pęnæ inductę per l. 1. & 2. C. de secund. nupt. contra nubentes infra annum luctus de iure canonico non sint sublatæ, quam opinionem tenent Oldradus, Iacobus de Aretio, Odofredus, qui dicit seruari per totam italiam, Cynus, Petrus de Bella pertica, & Bald. in l. 1. num. 8. C. de secund. nupt. glossa, & Paulus de Castro in l. decreto. C. ex quib. caus. infam. irroget. Angelus, & Iacobus de Sancto Giorgio, quos refert Boerius in decis. 186. Præpositus Mediolanensis, in d. c. fin. de secund. nupt. Lucas de Penna in l. mulieres, colum. 6. & 7. C. de incol. lib. 10. glos. in l. fęminæ. C. de secund. nupt. Corn. in cons. 21. sub num. 9. in uersieu. circa ultimum, volum. 1. Alex. ad Bart. in l. 1. C. de secund. nupt. Io. igneus in l. si sciens. §. cum ex parte, nu. 15. ff. ad Syllan. & Ioannes de Anania in cons. 73. col. final. vers. 4. potest dubitari.

Hæc est alta, & profunda quæstio, Prima ènim opinio maiori numero Doctorum roboratur, mihi vero plus placet hæc secunda opinio, & moueor hac ratione.

Dispositum de iute ciuili est attendēdum etiam de iure canonico, vbi non est diuersitas inter ius ciuile, & canonicum. c. 1. & ibi Doctores, extr. de noui oper. enunciat. sed in casu nostro pęnæ impositæ per l. 1. & 2. C. de secund. nupt. non reperiuntur, correctæ per ius canonicum, nisi tantum respectu infamiæ, ut habetur in cap. pen. & fin. de secund. nupt. igitur aliæ pęnæ seruandæ sunt etiam de iure canonico, pro qua ratione facit textus in l. præcipimus, in fine. C. de appellat.

Nec obstat dicere, quod angustetur libera facultas contrahendi matrimonium.

Quia matrimonium non impeditur, cum sit in libera facultate mulieris cōtrahere matrimonium ante annum luctus, & quocunque tempore ipsa velit, vt habetur in §. pen. in authent. de restitut. & ea, quæ parit in 11. mense, & licet lucrum auferatur, & propterea indirecte uideatur lex ciuilis matrimonium impedire, quod facere non potest. c. tuam, de ordin. cognit. & c. lator, qui filii sint legitimi. Respondetur legem ciuilem per indirectum non impedire matrimonium, cum pęna priuationis lucri sit ad tempus, id est si infra annum luctus non nubat, & non in perpetuum, quod valet. l. 3 §. sed quia, & ibi Paul. de Castro. C. de indict. uiduitat. tollend.

Nec obstat similiter dicere rationem considerata m in c. fin. extr. de secund. nupt respectu pęnæ infamię habere locum etiam respectu aliarum pęnarum.

Quia respondetur, quod hæc pęna infamiæ ob transitum infra annum luctus ad secundas nuptias est perpetua, & ideo uti perpetua impedit liberam facultatem contrahēdi matrimonium, quod secus est respectu lucri, quia si eo priuetur, non reputatur infamis, quæ pęna maior est pęna pecuniaria, & pęna pecuniaria imposita, si mulier transeat ad secundas nuptias, non est prohibita, quando matrimonium temporaliter prohibetur ut ait Paul. de Castro in dicto §. sed quia, per illum textum, sed bene prohibita est pœna infamiæ, cum eius respectu introductum sit

per

per Apostolum, quod mulier denuo nubat in Domino.

Cum enim priuatio lucri relicti per uirum sit ex dispositione legis censetur uirum se in relictis uxori factis conformasse cum dicta legis dispositione, Bart. in d. §. Titio genero, & ideo relictum est tacite conditionale, idest, si mulier infra annum luctus non nubat, ut ait Salycet. in l. 1. C. de rapt. virg. quæ conditio ualet d. §. sed, quia, & ibi notabiliter Paulus de Castro, præsumitur quis uelle, quod leges habeant locum in sua dispositione l. quæritur. §. si uenditor. ff. de ædilit. ædict.

Hinc est, quod tex. in d. c. pen. & fin. considerans diuersam esse rationem inter pęnam infamiæ, & alias pœnas, considerans etiam alias pœnas non esse prohibitas, cum sint tantum per accidẽs, & sic respectu relicti impeditiue ad tempus, & non imperpetuum, considerans ad plus conditionem impeditiuam matrimonii ad tempus ualere respectu legati, licet non respectu matrimonii, cum libera facultas sit contrahẽdi matrimonium quandocunque post mortem uiri, disposuit tantum circa pœnam infamiæ, & non circa alias pęnas.

Ideo cum dictæ leges idest 1. & 2. non sint correctæ per d. c. pen. & fin. stare non prohibentur l. percipimus. C. de appellat. Nec licita est extensio, cum simus in correctoriis, & maxime stante diuersitate rationis, prout supra considerauimus inter pęnam infamiæ, & alias pęnas. pro qua conclusione facit.

Quia quando lex ciuilis disponit circa accidentalia temporalia actus spiritualis, nec canon contradicit, ualet, ut probatur in cap. Raynucius, & in c. Raynaldus. de testam. & in c. 1. & 2. de do. post. di. rest. & in c. 1. ubi Innoc. & Abb. de Sponsal. & ideo cum d. l. 1. & 2. disponat circa accidentalia temporalia, id est circa relictum uxori factum per uirum, nec per ius canonicum prohibitum reperiatur, dictæ leges sunt attendendæ.

Dictum enim Apostoli intelligitur, quod possit nubere sine peccato, nam uiuente viro ligata est ei, nec ei licet ad alium virum transire sine peccato mortali, ipso uero mortuo, soluta est lege uiri, & potest nubere sine peccato, & ideo per dictum Apostoli non probatur, quod sint pęnæ legales sublatę, quia licet possit sine peccato mortali mulier ad secunda uota transire, & infra annum luctus, non propterea sequitur, quod possit euadere pęnas legales, unde non fuit intentio Apostoli dispositionem legis in hoc mutare.

Præcipue, quia nec ad Apostolum, nec ad conditorem canonis pertinet corrigere leges ciuiles, ubi non est quæstio de peccato ut dicit Paul. de Castro in d. l. decreto, quem sequitur addens ad Decium in d. c. 1. Ecclesia Sanctæ Mariæ, extr. de constitut. in nu. 5. qui dicit ius canonicum non potuisse corrigere ius ciuile in pœnis ciuilibus.

Omnibus supradictis addas, quod uerba illa in d. c. fin. & nubendi cui uelit, tantum in domino liberam habeat facultatem, non indicant causam finalem, tum quia ratio illa respicit solum commodum mulieris, quo in casu, causa non dicitur finalis, sed impulsiua Tiraquellus in tract. cessante causa cessat effectus, num. 52. tum quia ratio non est generalis, ex quo habet locum, quando libera facultas angustatur in perpetuum, secus si ad tempus relicti, sed non respectu matrimonii quia tunc ualet conditio d. §. sed quia.

Hæc opinio uidetur mihi uerior, licet contraria magis communiter sit a Doctoribus recepta, tamen in casu nostro est omnino tenenda, cum possit sequi sanguinis perturbatio, nam quando ex eo, quod mulier infra annum luctus ad secunda uota transit, potest resultare sanguinis confusio, & incertitudo prolis, tunc habent locum omnes, & singulæ pęnæ legales glos. Bald. & Paulus de Castro in l. decreto. C. ex quib. caus. infam. irroget. Pet. de Anchar. in c. 1. columna 13. de constitut. in c. cum secundum, in fine, de hæret. lib. 6. & in c. fin. colum. 3. de secund. nupt. & fuit opinio Rofredi in tit. de bon. possess. unde uir, & uxor circa finem, & eam sequitur Marcus Mantua in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, numer. 29. extr. de constitut. ubi ait, quod canonistæ communiter tenent hanc opinionem.

Superior opinio est etiam tenenda, quia ista mulier infra annum luctus transiens ad secunda uota priuanda est hæreditate, eo quod est ingrata, & offendit animam defuncti, ita tenet Angel. in consi. incip. maritus ueniens ad mortem, quem refert, & sequitur Alexand. in addit. ad Bartol. in l. 1. C. de secund. nupt.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

SUMMARIUM.

1 *Legitimi successores qui sint.*
Agnati solùm dicuntur legitimi successores. Infertur nu. 2. 3.

2 *Filia exclusa per statutum excluduntur etiam descendentes ex filia.*

3 *Statutum disponens, quod extantibus agnatis mater non succedat, censentur exclusi omnes cognati, quod attinent mediante persona matris.*

4 *Agnati, & cognati legitimi successores dicuntur, qui ab intestato succedunt, & nu. 6.*

5 *Voluntas testatoris censetur conformis dispositioni iuris loquentis de successione ab intestato.*

7 *Exclusa matre censentur exclusi omnes cognati, qui attinent mediante persona matris. Declaratur nu. 8. 9. 10. 11. 12.*

13 *Legitimi successores qui succedere debeant ad proximo-*

minores testatoris grauantis, an vero hæredis grauati. Declaratur nu. 14. 15. 16.

Consilium LXX.

HAec sunt uerba testamenti. Ma moren do senza figli succedano li suoi legitimi successori, esclusa in tutto, & per tutto Imperia sua madre.

Dubitatur, an auunculus succedere debeat, ex quo exclusa fuit mater.

Verba testatoris duo continent capita. Primum est inclusiuum, quod est, quando dicit, succedano li suoi legitimi successori. Secundum est exclusiuum, quando dicit, esclusa in tutto, & per tutto Imperia sua madre. Mater igitur excluditur, & legitimi successores admittuntur.

Quæritur ad præsens, qui nam sint legitimi successores.

1 Testator potuit intelligere de Agnatis solum, qui legitimi dicuntur gloss. in l. 1. in uerbo, naturalis. C. vnde uir, & uxor, & præcipue in casu nostro, quia exclusit matrem, igitur censentur exclusi omnes cognati coniuncti tantum per dictam matrem, nam exclusa una persona a successione, censentur exclusi omnes ulterioris gradus, qui non attinent, nisi mediante persona exclusa Bal. & Salycet. in l. maximum uitium. C. de liber. præterit.

2 Hinc est, quod exclusa filia per statutum excluduntur etiam descendentes ex filia, Salycet. & Raphael Fulgos. in l. si uiua matre. C. de bonis matern.

3 Hinc etiam est, quod stante statuto, quod extantibus agnatis, mater non succedat, censentur exclusi omnes cognati, qui attinent mediante persona matris Bart. in l. 2. §. uidendum. ff. ad Terrull. cum quo transeunt Angel. Raphael Fulgos. Paul. de Castro, Alex. & Dec. in l. illam. C. de collat Ruyn. in cons. 15. num. 7. uolum. 2. & Corn. in cons. 21. num. 1. uol. 1. qui dicit, quod cum Bartolo communiter transeunt Doctores.

4 Potuit etiam testator intelligere de Agnatis, & cognatis, quia legitimi successores dicuntur, qui ab intestato succedunt, quia successio ab intestaro dicitur actus legitimus tex. est in l. 3. §. de illo. ff. pro socio, ubi appellatur legitima successio, seu hæreditas, omnis obueniens ab intestato, & plus dixit ibi glossa, in uerbo, in testato, quod etiam hæreditas quæ defertur ex testamento potest dici legitima successio propter confirmationem legis l. uerbis, & l. obuenire. ff. de uerbor. significat. idem tenet Fernandus Vasquius in tract. de success. creat. in præfat. num. 11. & in §. 1 t. nu. 42. Sed ab intestato succedunt tam agnati, quam cognati, cum in successionibus nulla sit differentia agnationis, & cognationis. §. nullam, auth. de hæred. ab intestat. uenient. igitur legitimi successores sunt tam agnati, quam cognati.

Hoc secundo modo sunt intelligenda verba testatotis, & ratio duplex est.

5 Prima, quia uoluntas testatoris censetur conformis dispositioui iuris loquentis de sue cessione ab inrestato, glos. & Doctores in l. cum ita §. in fideicommisso. ff. de leg. 2. Bart. & alii in l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebell. Alex. in cons. 55. uolum. 4. Ruyn. in cõs. 49. num. 11. in cons. 168. num. 3. uolum. 2. & in cons. 145. num. 9. uolum. 3. Dec. in l. emancipata num. 16. C. qui admitt. & hæc est magis communis opinio, ut attestatur Socin. iun. in cons. 116. num. 25. uolum. 1. Sed de iure legitimi successores ab intestato sunt tam agnati, quam cognati, igitur testatot nominando legitimos successores intellexit tam de agnatis, quam de cognatis.

6 Secunda ratio est, quia illa uerba, li suoi legitimi successori, sunt generalia, igitur generaliter tam de agnatis, quam de cognatis sunt intelligenda arg. l. 1. §. 1. ff. de legat. præstand. & l. de ptecio. ff. de publician. in rem action.

7 Nec obstat exclusio matris, quia illa conclusio, quod exclusa matre, censeantur exclusi omnes cognati, qui attinent mediante persona matris, procedit.

8 Primo, quando exclusio matris facta fuit fauore agnatorum pro familia conseruanda, alias secus est. Corn. in cons. 21. sub numer. 6. in uers. nec sumus in terminis, volumine primo. Sed in casu nostro non fuit facta fauore agnarorum exclusio matris, sed fauore egitimorum successorum, qui dicuntur etiam cognati, igitur exclusa matre, non dicitur exclusus auunculus.

9 Secundo procedit, quando cognatus uellet succedere ex persona matris, secus si ex persona sua, quia tunc exclusa matre, ulteriores non dicuntur exclusi l. 1. §. filium. ff. de contratabul. l. 2. §. uidendum. ff. ad Tertull. elicitur ex Bartolo, in l. qui superstitis, colum. 1. uers. aduerte. ff. de acquirend. hæred. quem sequitur Ioannes Cœphal. in cons. 103. nu. 6. uolum. 1.

Sed in casu nostro auunculus succedit ex persona propria, cum mater prædecesserit, igitur non censetur exclusus, immo dicitur inclusus sub capite inclusiuo, cum, & ipse legitimus successor dicatur.

10 Tertio procedit, quando mater simpliciter excluditur, secus si propter aliquam qualitatem, quæ cohæret personæ exclusæ, & nõ cohæret attinentibus ea mediante, nam tũc exclusa matre, non censentur exclusi uenientes mediante persona eius. Corn. in cons. 21. sub nu. 7. vol. 1.

Sed in casu nostro mater fuit exclusa odio, quo uir eam prosequebatur, ut in facto præsupponitur, igitur ea exclusa alii exclusi non censentur.

Quarto

11 Quarto procedit, quando mater viuit, secus si mortua reperiatur tempore, quo filius hęres moritur, nam tunc alii, qui veniunt ex linea materna exclusi non dicuntur Paul. de Castro in l. si defunctus, nu. 2. C. de suis, & legitim. hæred. sed in casu nostro mater prædecessit, igitur ea exclusa alii cognati exclusi non dicuntur.

12 Quinto non procedit, quando agitur de exclusione, & priuatione, nam tunc non debet fieri argumentum de matre ad auunculum, prout fieri non debet de filia ad neptes ex filio per tex. in l. si quis filio, in princ. ff. de iniust. rupto testam. & in §. posthumorum, instit. de exhæredat. liber. nam exhæredatio facta de filio, nō trahitur ad nepotem. vt ibi, & per hoc est pulchra Doctrina Baldi in l. uenia, in fine. C. de in ius uocād. ubi vult, quod statutum excludens filiam, non dicitur excludere neptem ex filio, sic declarat Marian. Socin. iun. in consilio 168. numeso decimoquinto, uolumine secundo, sed in casu nostro agimus de exclusione, & priuatione, igitur exclusa matre, non dicitur exclusus auunculus, & maxime est ita dicendum, cum simus in claris, ex quo sub capite inclusiuo includatur auunculus uti cognatus, & legitimus successor, & sic non militat ratio exclusionis.

13 Cum igitur etiam cognati dicantur legitimi successores. Dubitatur an succedere debeant legitimi successores proximiores testatoris grauantis, an legitimi successores proximiores hæredis grauati.

Hæc est altissima quæstio, nam pro opinione, quod admittantur proximiores respectu testatoris grauantis sunt, Bartolus, Baldus, Ioannes de monte sperello, Ripa, Crotus, Ferdinandus Loarez. Rubeus, Ruynus, Caccialupus. Ioannes Bologn. Zanchus, Alciatus, Fabius accoramboous, dicens communē, Fabius eugubinus, Zuccardus, Ioannes Roias, Didacus, Tiraquellus, Ludouicus Molina, Matzarius, Iason, qui testatur de cōmuni, Paulus de Castro, Socinus, Alexāder, Durans, qui dicit communiorem, & ueriorem. Rolandus, Gabriel dicens magis communem, & veriorem. Mantua, Berous, Menochius, Natta, Cęphalus, Portius Imolensis, Riminaldus iunior, & Ioseph de rusticis, quos in eorum locis refert. & sequitur Antoninus Thesaurus in decis. 64. vbi dicit hanc opinionem esse magis communem, & ueriorem, & ait sic per illum senatum fuisse decisum, & quod omnes Hispani tenent hanc opinionem.

Pro alia opinione, quod admittantur proximiores respectu hæredis grauati, & non proximiores respectu testatoris grauantis sunt. Socinus, Socinus iunior dicens communem, Torniellus, Iulius Clarus, Marzarius dicens ita indicatum in Rota Florentina, Vasquius, Melchior Paleaz. Ludouicus Molina, Corneus, Iason, Rubeus, Crottus, Curtius iunior, Gozzadinus, Parisius, Ruynus, Bertrandus, Rolandus a Valle, Alciatus, Berons, Celsus Hugo, Natta, Thobias Nonius, Simon de Pretis, Bursattus, Cæphalus, Decianus, qui testatur de magis communi, & veriori, Olascus, Ioannes Bolognettus, Hieronymus a Laurentiis, qui dicit Rotam Auinionensem ita tenuisse, & ego Alexander Trentacinque, quos in eorum locis refert Antoninus Thesaurus in d. decision. 64. eandem opinionem sequuntur Andreas de Isernia, Matthæus de Afflictis, Baldus, Paulus de Castro. Petrus de Ancharano, Antonius de Butrio, Romanus. Imola, Bartolus, Baldus nouellus, Caccialupus, Decius, & Alexander, quos refert, & sequitur Marianus Socinus iunior in cons. 126. volum. 1. vbi dicit, quod hæc opinio in puncto iuris est uera, quod est communis opinio omnium Doctorum, quod hanc opinionem tenentes sunt longe plures, & quod nephas est in iudicando ab hac opinione recedere, hanc etiam opinionem tenent Baldus de Bartolinis, & Ioannes Baptista de sancto Seuerino, quos refert Rolandus a Valle in cons. 100. volum. 1. eandem opinionem tenent Viuius conciuis meus in opinione. 848. vbi dicit quod hęc est veritas, & quod tuta conscientia pro ea est iudicandum, Marcus Antonius peregrini in tract. de fideicommiss. in art. 20. num. 3. vbi pluries sic fuisse iudicatum asserit, Ioannes de monte sperello in cons. 125. numer. 8. vsque ad finem, Pancitolus in cons. 100. Bertazol. in cons. 98. num. 2. & num. 27. & Alexander Raudens. in responso. 14 qui dicit secundum hanc opinionem fuisse decisum per Rotam Romanam, per Rotam lucensem, per Rotam Florentinam, per Rotam Senensem, & per alias Rotas.

Ab hac secunda opinione uti communi, communiori, & magis communi non est in iudicando discedendum, & præcipue cum pro ea fuerit Decisum in Rota Romana, Florentina, Lucensi, Senensi, & Auinionēsi, & cum sit etiam uerior ut patet ex rationibus adductis per Rolandum a Valle in consil. 100. uolum. 1. per Marianum Socinum iuniorem in consil. 126. uol. 1. & per Ioannem Cęphalum in cons. 313. vol. 3.

14 Et si quis forte tenere uellet primam opinionem, quod absit, adhuc pro auunculo, & non pro Amitino est iudicandum ex infrascriptis.

Primo, ea prima opinio procedit, quando uocati sunt proximiores de familia, & non quando proximiores, seu legitimi successores simpliciter uocati sunt, ut tradunt Purpurat. in cons. 442. num. 2. uolum. 2. Berrert. in cons. 27. num. 14. Portius in cons. 122. numer. 11. Thobias Nonius præceptor meus in consil. 34. num. 9. & Decian. in cons. 10. num. 14. sed in casu nostro, legitimi successores simpliciter

pliciter sunt uocati, igitur attenditur proximitas respectu grauati, & non grauantis.

15 Declaratur secundo non procedere, quando testator uocat, quos ius commune admittit, nam tunc uocantur hi, qui sunt proximi grauato. Petr. Ant. a petra, de fideicommiss. quæstio. vndecima, numer. quinquagesimosecundo, & Rebuffus in consil. 176. num. 13.

Sed in casu nostro uocando testator legitimos successores, uocat quos ius commune admittit, ut supra dictum fuit, igitur persona grauati, & non grauantis in proximitate ista attenditur.

16 Declaratur tertio non procedere quando apparet de uoluntate testatoris vt in casu nostro, quæ uoluntas demonstratur hac ratione.

Exceptio firmat regulam in casibus non exceptuatis. l. nam quod liquidæ. § 1. ff. de penu legato, sed fideicommissaria substitutione excluditur seu excipitur mater filii hæredis instituti, quæ ab intestato filio uti proximior successura fuisset, igitur filio, & non testatori, exclusa matre, succedunt proximiores legitimi successores.

Si enim intentio testatoris fuisset uelle admittere proximiores habito respectu ad ipsum, utique exclusio frustratoria redderetur, cum ipsa non dicatur legitima succeditrix testatori ab intestato, sed tantum filio, igitur eam excludendo a fideicommisso, apparet euidenter testatorem considerationem habuisse ad personam sui filii hæredis grauati, & non ad eius personam grauantem. Exceptio enim declarat regulam in quo casu loquatur, dicto §. primo, unde cum exceptio a legitimis successoribus sit respectu filii, certum est, quod legitimi successores intelliguntur respectu filii grauati, & non respectu testatoris grauantis, & sic constat, quod illud uerbum, suoi, refertur ad filium, & non ad testatorem, tum quia apparet de mente testantis. tum quia referri debet ad proxime præcedentē. l. cum filiosfamilias, in fine. ff. de legat. primo, tum quia per exceptionem matris intelligitur, quod illi sui legitimi successores, sint eiusdem qualitatis, cuius erat mater excepta. l. tribunus. §. final. ff. de testam. milit. tradit Bartol. in l. quæsitum. §. denique. ff. de fundo instructo, cum igitur mater erat legitima in successione filii hæredis instituti, & non in successione testatoris, sequitur, quod sui legitimi successores ad fideicommissum per testatorem uocati, intelliguntur respectu filii hæredis instituti, & non respectu testatoris.

Et per hoc non obstat Doctrina Bartoli in l. cum in testamento. ff. de auro, & argento legato, quia procedit in dubio, & non quando constat de contraria uoluntate testatoris ut in casu nostro, nec procedit quando concurrunt declarationes supradictæ, nam tunc Bartoli dictum locum non habet.

Ex prædictis apparet Auunculum admitti debere uti proximiorem grauati, & non Amitinum uti proximiorem testatoris grauantis, & ita consulo, & iuris esse censeo,

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

Et propterea libenter concurro in opinionem doctoris Donati Antonii Sanguineti.

S V M M A R I V M.

1 *Proponenti in transactione dolum interuenisse, an sit concedendus terminus ad probandum dolum.*

2 *In contractu transactionis ex causa enormis læsionis, an habeat locum remedium, l. 2. C. de rescind. vendit.*

Consilium LXXI.

In casu proposito de duobus dubitare contingit.

Primo, an huic proponenti in transactione dolum interuenisse, sit terminus ad probandum dolum concedendus.

Secundo, an in contractu transactionis ex causa enormis læsionis habeat locum remedium. l. secunde C. de rescind. end. uendition.

1 In primo dubio dicebatur pro parte Doctoris Stephani adesse instrumentum transactionis, & iuratum, per quod impediebatur litis ingressus, capit. primo, de litis contestat. lib. 6 Pro parte vero Hieronymi dicebatur transactionem una cum iuramento fuisse dolose factam, & propterea petebat terminum ad probandum dolum iuxta doctrinam Ioannis Andreæ in capit. primo, de litis contestat. in glossa, in uerbo, finita, in vers. sed pone dicitur, quod sententia non tenuit, lib. 6 cuius doctrinam refert Afflitt. in decis. 63. ubi ait sic per sacrum consilium fuisse decisum.

Propositis pro parte Hieronymi non obstantibus, determinandum est in casu nostro non esse concedendum terminum ad probandum dolum, cum doctrina Ioannis Andreæ, & decisio sacri consilii relata per Afflictum non procedat in aliquibus casibus.

Primo, quando transactio iureiurando confirmata fuit, nam tunc si aduersus transactionem opponatur de dolo, non tenet oppositio, cum obstet exceptio iurisiurandi, &

di, & periurii, quæ exceptio impedit litis ingressum, ita firmant Alexan. in consilio decimoseptimo, uolumine tertio, Felyn. columna prima, & Dec. columna secunda, in vers. nota quarto, in c. dilecti, ext. de except. Alex. & alii scribentes in l. si quis maior. C. de transact. scribentes in c. debitores, de iureiur. Ias. in l. ait prætor, la 2. not 4. ff. de iureiut. & Bald. in consil. 118. circa finem, præmittendum est, quod promissiones, uolumine quarto, & in specie, quod in tali casu non habeat locum decisio Afflicti tradit ibi Cæsar. Vrsillus in additionibus, sed in casu nostro transactio fuit iurata, & nulla a iuramento absolutio impetrata fuit, igitur cum obstet exceptio iurisiurandi, & periurii ipsæ Hieronymus audiri non debet, & sacri consilii decisio in casu proposito locum non habet.

Secundo præfata Decisio non habet locum quando in transactione extat renunciatum exceptioni doli mali, & metus, nam tunc allegans transactionem per dolum fuisse initam, non auditur, ita tenet Alex. in cons. 42. num. 13. volum. 1. & in specie quod Afflicti decisio in hoc casu locum non habeat, concludit ibi Cæsar Vrsillus in additionibus, sed in casu nostro in allegata transactione renunciatum fuit exceptioni mali, & metus, igitur iste opponens de dolo non est vllo modo audiendus.

Tertio, in hac transactione interuenit præsentia iudicis Curiæ Aquilanę, qui suam interposuit authoritatem, patiterque decretum, qua de re apparet omnem figuratum dolum, & fraudem cessasse, ut dicunt Bartol. in l. fratet a fratre. ff. de condit. indebit. Angel. & Imol. in l. prima, §. fuit quæsitum. ff. ad Trebell. ubi enim authoritas iudicis interuenit, ibi omnis dolus ab esse præsumitur. l. si quis. C. de prædi. Cur. lib. 11. omnis metus, & dolus cessat data præsentia iudicis Bald. in l. pacta nouissima. C. de transact. quod sequitur Petr. Girard. de Petr. San. in sing. 57. qualiter tutoris, propter enim pręsentium iudicis cessat omnis fraus, dolus, & deceptio, ita consuluit Socin. in consil. 144. prosequendo ordinem quæstionum, & per hæc in transactione ita in specie tenet Grammat. in decis. 66. num. 65. & ultra alios per eum allegatos tenet Iacobus Menochius in tract. de præsumption. lib. 3. præsumpt. 128. num. 6. cum igitur dolus esset, non habet locum in proposito nostro casu Afflicti decisio.

Quarto, in ipsa transactione sunt illa uerba, ex certa scientia, & nullo iure uel facti errore ducti, sed animo, & proposito deliberato, & cætera, per quę uerba tollitur omnis erroris præsumptio. l. sed, & si quis. §. fin. & ibi hoc notant Bart. & Bald. ff. si quis caut. & Bart. in l. fin. §. item quæsiit. ff. de condit. indebit. & in l. si dari. ff. de uerb. oblig. tradit Ioseph Masc. de probat. uolum. 2. in uersic. error, conclus. 637. in fine, & maxime vbi interuenit iuramentum, ut in casu nostro, quia cum emergat, præsumptio iuris, & de iure rem ita se habere, prout fuit iuratum, non admitti debet alia pręsumptio, seu probatio in contrarium, ut tenet Mascard. de probat. uolum. 2. in uers. error, conclus. 462. num. 8. Grammat. decis. 45. ubi loquitur in allegante simulationem contractus, cui per prædicta fuit etiam denegata audientia, igitur sequitur, quod per scientem, & nolentem, non potest allegari dolum esse commissum. l. cum donationis. C. de transact. L. 1. in fine, de action. empt. tradit Alexan. in cons. 141. nu. 7. uol. 1. & propterea non obstat sacri consilii decisio, cum non loquatur in casu isto.

Quinto, & ultimo aliis ommissis, ipsa Decisio Afflicti non habet locum in transactione ratificata post multum temporis spatium, nam aduersus illam non potest allegari dolus, ut tradunt Afflict. in decision. 220. num. 7. & Grammat. in decis. 66. ubi ait sic fuisse decisum per sacrum consilium iunctis aulis coram Illustrissimo tunc temporis prorege.

Ex prædictis omnibus concludendum est terminum ad probandum dolum non esse concedendum, & ita per Curiam Aquilanam fuit determinatum cuius sententia fuit per sacrum consilium confirmata.

2 In secundo dubio, licet nulla in casu nostro interuenerit læsio, nec magna nec parua, tamen ad maiorem cautelam, concludendum est, ommissa disputatione, remedium. l. secunda, C. de rescindend. uendition. in transactione non habere locum, prout tenent glos. Guil. de Cun. Riccard. Malumb. Dynus, Cynus, Speculator, Ioannes Andreas, Baldus, Petrus de Ancharano, & Imola, quos refert, & sequitur Alexan. in l. si quis cum aliter. ff. de uerbor. obligation. ubi dicit hanc in puncto iuris ueriorem esse opinionem, eandem opinionem secuti sunt Innocentius, Angelus, Abbas, Raphael Comensis, & Ioannes de Anania, quos refert, & sequitur Ias. in dicta l. si quis cum aliter, & ibi Aret. in quarta, columna dicit hanc esse communiorem opinionem, & cum hac opinione etiam pertranseunt Alexan. in consilio quadragesimosecundo, uolumine primo, ubi attestatur hanc esse magis communem opinionem a qua dicit non esse recedendum in iudicando, aut consulendo, Paris. in consilio nonagesimosexto, columna septima, & seq. uolumine primo, Marian. Socin. iun. in consilio trigesimosecundo uolumine tertio, ubi ait hanc esse ueriorem, & magis communem opinionem, & Afflict. in decis. 220. vbi ait secundum hanc opinionem fuisse decisum in sacro consilio.

Et

Et si quis forte tenere vellet aliam opinionem, quod stante enormissima lesione habet in transactione locum remedium, dict. leg. secundę, tamen in casu nostro tenenda dicta opinio negatiua, secundum quam determinauit sacrum consilium ex infrascriptis.

Primo, quia in hac transactione interuenit iuramentum, & ideo in ea remedium, dictę l. secundę, non habet locum, ut tradunt Socin. in consilio trigesimosexto, columna finali, lib. primo, & in consilio quadragesimooctauo, ad finem, libro quarto, Corn. in consilio 189. libro primo. Dec. in cosilio 216. Marianus Socin. iun. in dicto consilio trigesimosecundo, uolumine secundo, ubi ait hanc esse communem opinionem, & seruari in practica, & Antoninus Thesaurus in decisione 165. ubi ait hanc esse communem opinionem Doctorum, & secundum eam fuisse decisum in illo senatu Pedemontano.

Secundo, in hoc contractu transactionis est renunciatum generaliter exceptioni doli mali, conditioni sine causa, quod metus causa, actioni in factum, omnique aliæ exceptioni de suo iure, & beneficio, & legum auxilio, & quando extat huiusmodi renunciatio, beneficium, dictę l. secundę, in transactione locum non habet Alexand. in consilio quadragesimosecundo, numero decimotertio, uolumine primo, quæ conclusio est vera quando renunciatio fuit iurata, nam tunc communiter tenent Doctores, quod cesset beneficium dictę l. secundę. Ruin. in consilio decimosexto, numero sexto, volumine quarto, glossa & Doctores in capitulo penultimo, de emptione & uenditione, & late Osascus in decisione quadragesimaprima, numero octauo, immo est verissima & indubitata, quando specifice renunciatum est beneficio, dictę l. secundę, Ioan. de Imol. in capit. cum contingat, de iureiurand. Alexand. in consilio primo, columna secunda, libro sexto. Doctores communiter, & præcipue Bald. & Cagnol. numero 133. in dicta l. secunda, Didac. in libro secundo, variarum resolutio. in capitulo quarto, numero primo, Fabian. in tractat. de emptione & venditione, quæst. octaua, columna quinta, Capra in suis regul. in cap. octuagesimoseptimo, numero 105. Afflict. in decisione 220. vbi ait sic per sacrum consilium fuisse decisum, & Osascus in dicta decisione quadragesimaprima numero nono, vbi testatur de communi; sed in casu nostro in contractu transactionis adest generalis renunciatio modo supradicto, fuit iurata, & in specie renunciatum ex tat remedio, dictę l. secundę, igitur in casu nostro nō habet locum beneficium dictę l. 2.

Tertio, dicta l. secunda, non procedit in contractu geminato, nam geminatio operatur, quod quis deliberate censetur contrahere, & cessat remedium læsionis, glos. in capit si quis iratus. secunda, quæstio. tertia, Dec. in consil. 181. post numer. 5. in vers. secundum est, Thob. Non. in consil. 68. numero tertio, Cassane. in consuetud. Burgund. rubr. 7. §. 12. numero trigesimoseptimo, uers. aduerte, fol. 273. columna quarta, Couarruu. in c. quamuis pactum, 3. part. §. vltim. numero sexto, uersicu. octaua conclusio, Mantua lib. 1. loco cap. 6. Ruin. in cons. 133 num. 9 & Grammat. in decision. 66. in fine.

Hæc conclusio indubitanter locum habet, quando reiteratio interuenisset post longum tempus, idest post Biennium, Alciet. in cap. cum contingat, num. 219. extr. de iureiur. facit. l. si mulier. C. ad Velleian. & l. prima, §. quæ onerandæ, versicu. quid si post interuallum. ff. quar. rer. actio non datur, sequitur hanc conclusionem addens ad Dec. in dicto consilio 181. & ipse Dec. in consilio 216. columna finali, & Grammat. in d. decis. 66.

Sed in casu nostro fuit facta prima transactio, & deinde post quinque annos fuit ratificata, propterea remedium dictæ l. secundæ, locum non habet in hac transactione, pro ut tenet etiam Ruin. in consilio 16. uolumine 4.

Quarto, & ultimo, maior, quando promittit cum iuramento, sicut promissum fuit in casu nostro, omnia, & singula perpetuo firma, rata habere, tenere, attendere, & obseruare, & in nullo contra facere, dicere, excipere, & opponere, & cæ. non auditur si petat tanquam deceptus ultra dimidiam iusti precii, contractum rescindi, secundum glos. in dicta l. secunda, cum qua Doctores communiter pertranseunt, glossa, & Doctores communiter in cap. penult. de emptione, & uenditione, Alexan. qui dicit hanc opinionem esse communem in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de uerbor. obligation. in 3. limitat. & in cons. 42. uolum. 1. & Ruin. in cons. 18. num. 3. uolumine 4.

Stante igitur transactione iurata, stante generali renunciatione etiam iurata, stante renunciatione speciali, d. l. secundæ, stāte geminatione, & ratificatione transactionis post longum tempus, & stante promissione iurata de non contraueniendo, non est dubium remedium, d. l. 2. nō habere locum in casu nostro, pro ut bene per Curiam Aquilanam fuit determinatum, cuius sententia per sacrum consilium fuit confirmata.

Ego Alexander Trentacinque V.I.D.

SVMMARIVM.

Consilium LXXII.

Dvo dubia in præsenti difficultate resoluenda ueniunt.

Primum est, quomodo in constitutione Regni, incipiente, sancimus, illa uerba, in primis uocentur parentes, qui sunt coniuncti intelligantur.

Secundum est, an Vrbanum trahat ad se rusticum, & rusticum Vrbanum in materia iuris congrui.

1 In primo dubio pro eius resolutione sciendum est, quod strictissime parentum appellatione ueniunt tantum ascendentes usque ad tritauum. l. iurisconsultus. §. parentes. ff. de gradibus affin. tradit Azzo in sua summa, in titul. de in ius uocand. numero septimo.

2 Stricte Parentes dicuntur agnati, ut tradit Iacob. Ardig. in capit. primo, quemadmodum feud. ad fil. pertin. quem sequitur Zasius in tractat. de feud. in 8. parte, numero quinquagesimo, & hinc est, quod Baldus in dicto capit. primo, & in l. prima, C. de success. ædict. & in l. illam C. de collat. concludit, quod stante statuto, quod filia non succedat extantibus parentibus masculis, usque ad tertium gradum, appellatione parentum, ueniunt agnati tantum.

3 Large appellatione parentum ueniunt agnati, & cognati Angel. in §. æconomus, authent. de alienat. & emphyt. & ideo uerificatur quandoque parentum appellatio etiam in consanguineis collateralibus, quia vulgariter consanguinei parentes appellantur Abb. in c. fraternitatem, num. 1. extr. de sepultur.

Stantibus præmissis, si strictissime uolumus intelligere uerbum, parentes, constitutio intelligetur solum in ascendentibus usq; ad tritauum.

Si uolumus intelligere stricte, & tunc, uerbum, parentes, in constitutione appositum, significabit tantum agnatos, & sic de eadem familia existentes.

Si largo modo intelligere uolumus, & tunc ipsum uerbum, parentes, continebit agnatos, & cognatos.

Quomodo igitur dictum uerbum in ipsa constitutione sit intelligendum, dico stricte debere intelligi, & sic de Agnatis, & per consequens de eadem familia existentibus ex duplici ratione.

Prima est, quia constitutio. Sancimus, est statutaria, & odiosa, ut tenent Albericus, Odofredus, Ioannes Andreas, Angelus, Lucas de penna, Ioannes Platea, Petrus de Ancharano, Paulus de Castro, Ioannes Baptista Rosellus, Romanus, Cæpolla, Alexander, Corneus, Iason, Decius, Stephanus Bertrandus, Patisius, Marianus Socinus iunior, & Arna. Ferro. quos in eorum locis refert, & sequitur Tiraquell. in tractat. de utroque retractu, in præfat. numero sexagesimo, qui omnes Doctores dicunt. hoc statutum esse contra ius commune, odiosum, & ideo stricte, & proprie intelligendum, qua de re, cum dicta constitutio sit contra ius commune, & odiosa, debet uerbum parentes, proprie, & stricte intelligi. l. quod uero. ff. de legibus, capitul. quæ a iure, de regul. iur. libro sexto. & l. quicquid astringendæ. ff. de uerbor. obligation. tradunt Doctores in l. si uero, §. de uiro. ff. solut. matrimon. & in authent. quas actiones. C. de sacrosanct. eccles. Cum igitur ipsum uerbum, parentes, strictè, & propriè sit intelligendum, non est dubium debere intelligi de Agnatis, & sic de eadem familia existentibus.

Secunda ratio est, dicta constitutio, sancimus, quando in iure congrui, vult parentes præferri, fuit introducta ratione agnationis, & familiæ conseruandæ, ut dicit Marcus Mantua in tract. de iure prothom. numero uigesimoquinto, tradit etiam Tiraquell. in tractat. de utroque retract. in præfat. sub numero trigesimotertio, & numero quinquagesimoquinto, cum igitur fuerit introducta fauore conseruationis familiæ, non est dubium, uerbum, Parentes, intelligi debere, de eadem familia existentibus.

Et hinc est, quod uerbum, parentes, secundum etiam vulgarem hominum appellationem, significat eos, qui sunt ex eadem Agnatione, & familia, Iacob Menoch. in tractat. de præsumpt. libro quarto, præsumpt. 88. num. 18.

Et ultra prædictas rationes, quod ita intelligatur dicta constitutio, apparet in principio ipsius constitutionis, in uerbis illis, si quis forte ex parentela.

Cum hac igitur opinione est pertranseundum, & ab ea in iudicando non est discedendum.

In secundo dubio, pro eius resolutione uiden-

uidenda sunt plura.

Primo, quid sit prædium Vrbanum, & quid si rusticum.

Secundo, an uerum sit, quod Vrbanum trahat ad se rusticum.

Tertio, an nos simus in hoc casu.

4 In primo dubio, dicas, quod prædium rusticum dicitur Ortus, quando ortus est uineatus, oleatus, & huiusmodi aptus, & paratus principaliter ad recollectiones fructuum, non autem, quando esset uiridarium principaliter ad delectationem Domus, quia isto casu ortus dicitur prædium vrbanum, & non rusticum, tex. est in l. vrbana prędia, in finalibus uerbis, ff. de uerbor. & rer. significat.

5 Item quilibet ortus paratus ad domum, ad quem per domum aditus habetur, uel si uno precio domus esset empta cum orto, & promiscue in usu patrisfamilias esset domus, & ortus vtique ortus esset pars domus, ut tradit Ioannes de Amicis in consilio primo, numero duodecimo, & per consequens, ortus est prędium Vrbanum, cum sit pars domus; ut eleganter concludit Ioannes de Amicis in dicto consilio primo, numero quadragesimo sexto, & probatur in terminis in dicta l. Vrbana prædia. §. final.

Stantibus his, cum ortus, de quo agitur, sit muris circundatus, cum non sit uineatus, seu oleatus, aptus, & paratus principaliter ad recollectionem fructuum, & cum per domum sit aditus ad ortum, & sit pars domus, & unico pretio domus cum orto fuerit uendita, nulli dubium erit, quin in casu nostro, ortus sit prædium Vrbanum, & non rusticum.

6 In secundo quæsito dicitur, quod, aut extat consuetudo, ut est in Ciuitate Neapolis, quod prædium Vrbanum trahit ad se rusticum, & non rusticum, Vrbanum. Aut non extat, sed sumus in terminis d. constitutionis, sancimus.

7 Si primo casu loquimur, & tunc habet locum, quando duo uicini concurrunt ad rem uenditam, nam tunc habens uicinitatem, & prædium Vrbanum præfertur habenti uicinitatem, & prædium rusticum.

At secus est, quando est unus solus, qui prætendit ius congrui uirtute prædii rustici, nam tunc a congruo non excluditur, ut notabiliter tradit Ioannes de Amicis in d. consilio primo, numero trigesimotertio, cum seqq.

8 Si secundo casu loquimur, & tunc cuiuscumque rei gratia quis sit uicinus habet ius congrui nulla habita differentia inter rusticum, & Vrbanum, ex quo constitutio, sancimus, considerat uicinitatem, non dignitatem prædiorum, & sic cum generaliter loquatur, generaliter est intelligenda l. de precio. ff. de public. in rem action. sic in terminis concludit Ioannes de Amicis in dicto consilio primo, numero 38. cum seqq.

In tertio, & ultimo casu, ommissa disputatione concludendum est, nos non esse in hoc casu.

Primo, quia nos non ratione Orti, sed ex causa Domus prætendimus ius congrui in Orto, & sic non habet locum in casu nostro decisio Afflicti, 223.

Secundo, quia Ortus in casu nostro est prędium Vrbanum, & non rusticum, ut supra dictum fuit.

Tertio, & ultimo, quia cum non simus in Ciuitate Neapolis, sed loquamur uirtute constitutionis, sancimus, Vrbanum trahit Rusticum, & Rusticum Vrbanum, ut patet in dicta constitutione. Sancimus, in uersicu. uel Domum, quæ Vrbanum prædium est, & in uetb. uel uineam, quæ rusticum prædium est dicta l. urbana prædia, & in uersicu. uel rem immobilem, quod uerbum est generale compræhendens omnem fundum rusticum, & Vrbanum. l. prima, ubi Doctores. ff. si cert. petat. Apparet, quod dicta constitutio loquitur specifice, & indistincte siue uendatur prædium rusticum, seu Vrbanum, nam considerat solum uicinitatem nulla habita differentia inter rusticum, & Vrbanum, loquitur igitur generaliter, & propterea generaliter est intelligenda. l. 1. §. hoc autem. ff. de legat. præstand.

Pro ut supra dixi iuris esse censeo.

Ego Alexander Trentacinque
V. I. D.

FINIS.

COPIA.

Gli Eccellentiſs. Signori Capi dell'Illuſtriſs. Conſ. di X. infraſcritti, hauuta fede dalli Signori Riformatori del Studio di Padoua, per relatione delli doi à ciò deputati, cioè del Reuer. Padre Inquiſitor, & del Circ. Secretario del Senato Zuanne Marauegia con giuramento, che nel libro intitolato Conſilia Præclariſs. I. C. D. Alexandri Trentacinquij Aquilani Pars prima, & ſecunda, non ſi troua coſa contra le leggi, & è degno di Stampa, concedono licentia, che poſſi eſſer Stampato in queſta Città.

Datum die 23. Februarij 1607.

D. Stefano Viaro.
D. Lunardo Mocenigo. } *Capi dell'Illuſtriſs. Conſeglio di X.*
D. Piero Barbarigo.

Illuſtriſsimi Conſ. X. Secretarius
Leonardus Otthobonus.

1607. à 26. Feb. Regiſt. in lib. à car. 187. tergo.

Ant. Loredan